

Ars Notariatus LXXXI

DERDENBESCHERMING
IN HET HUWELIJKS-
VERMOGENSRECHT

Kluwer

DERDENBESCHERMING IN HET
HUWELIJKSVERMOGENSRECHT

8 min v.d. Lina
chldr 'gt
Dover

ARS NOTARIATUS LXXXI

DERDENBESCHERMING
IN HET
HUWELIJSVERMOGENSRECHT

B.E. Reinhartz



1997

STICHTING TOT BEVORDERING DER NOTARIËLE WETENSCHAP
AMSTERDAM

KLUWER — DEVENTER

Dit boek werd op 23 oktober 1997 door de auteur als proefschrift verdedigd aan de Rijksuniversiteit te Leiden.

ISBN 90 268 3156 0
ISSN 1385-7436

© 1997, B.E. Reinhartz, Leiderdorp

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Hoewel bij deze uitgave de uiterste zorg is nagestreefd, kan voor de afwezigheid van eventuele fouten en/of onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden auteur en uitgever deswege geen aansprakelijkheid

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen	XXIII
-----------------------	-------

Inleiding	1
-----------	---

Deel I Intern recht

Deel A *Goederenrechtelijke aspecten van de verhouding tussen derden en de echtgenoten in Duitse en Nederlandse verhoudingen*

HOOFDSTUK 1

Bestuur over de goederen der echtgenoten naar Nederlands huwelijksvermogensrecht	11
--	----

1.1	Situatie vóór de wijzigingen van Boek 1 BW door de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW	11
1.2	Geldend recht naar de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW (zesde gedeelte)	13
1.2.1	Eigendom en bestuur	13
1.2.2	Wie is bestuursbevoegd?	14

HOOFDSTUK 2

Het Duitse wettelijk stelsel: de Zugewinnngemeinschaft, § 1363 BGB		20
2.1	Verwaltung over de eigen goederen; zaaksverving	21
2.2	Gemodificeerde Zugewinnngemeinschaft	23

Bestuursoverschrijdingen en de positie van derden

HOOFDSTUK 3

Nederlands intern recht: Bestuursoverschrijdingen door vervreemding en ter beschikkingstelling van goederen en de positie van derden 27

- 3.1 3:86-goederen (roerende zaken, niet-registergoederen, vorderingen aan toonder en order) en het vermoeden van art. 1:92 BW 27
 - 3.1.1 Bijzonderheden bij de toepassing van art. 3:86 bij gehuwden 30
 - 3.1.2 Artikel 3:36: schijn van bevoegdheid 37
- 3.2 Registergoederen en andere goederen op naam (waaronder niet begrepen goederen die vallen onder art 3:86) 39
 - 3.2.1 Artikel 3:88 39
 - 3.2.2 Artikel 3:36: schijn van bevoegdheid 41
 - 3.2.3 Afdeling 3.1.2: bescherming ten aanzien van inschrijfbaar feiten 42
- 3.3 Mogelijkheden voor de andere echtgenoot bij bestuursoverschrijdingen 47
- 3.4 Vestiging van beperkte rechten door een bestuursonbevoegde echtgenoot op art. 3:86-goederen 54
 - 3.4.1 Derdenbescherming bij vestiging van vruchtgebruik 54
 - 3.4.1.1 Lex specialis beschermt tegen onbevoegdheid bij de pandgever bij vuistpand 55
 - 3.4.1.2 Mogelijkheden voor de andere echtgenoot bij bestuursoverschrijdingen bestaande uit het vestigen van beperkte rechten op art. 3:86-goederen 57
 - 3.4.2 Beperkte rechten op registergoederen en andere goederen op naam 58

HOOFDSTUK 4

Duits intern recht: Overdracht van goederen door onbevoegden en de positie van derden bij echtgenoten die zijn gehuwd in Zugewinnngemeinschaft 60

- 4.1 Overdracht van roerende zaken (bewegliche Sachen): vereisten, derdenbescherming bij Verfügungen durch Nichtberechtigten 61
- 4.2 Overdracht van onroerende zaken (Immobilien) 69
- 4.3 Overdracht van vorderingen 73

De positie van derden ten aanzien van echtgenoten met een bestuursverdeling die afwijkt van het wettelijk stelsel

HOOFDSTUK 5

Nederlands intern recht: de positie van derden in Nederland bij afwijkingen van de bestuursverdeling neergelegd in de art. 1:90 en 97 BW	79
5.1 de voorhuwelijkse bestuursovereenkomst, art. 1:97 lid 1 BW	79
5.1.1 De bestuursovereenkomst was ingeschreven voor de levering	81
5.1.2 De bestuursovereenkomst was gesloten voor de huwelijks-sluiting en was ten tijde van de levering nog niet ingeschreven in het huwelijksgoederenregister	93
5.2 Overlaten van bestuur, art. 1:90 lid 3 BW	94
5.3 Het dienstbaar maken van een gemeenschapsgoed aan het beroep of bedrijf van de andere echtgenoot, art. 1:97 lid 2 BW	97
5.4 Bijzonderheden bij echtgenoten die vanaf de huwelijksluiting buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd	104

HOOFDSTUK 6

Duits intern recht: de positie van derden, indien echtgenoten vóór de huwelijksluiting in een Ehevertrag het stelsel van Gütergemeinschaft hebben gekozen, § 1415 BGB	105
6.1 De Gütergemeinschaft als keuzestelsel: Inleiding	106
6.1.1 De vermogens: het Gesamtgut, het Vorbehaltsgut, het Sondergut	107
6.2 Verwaltung bij de Gütergemeinschaft	111
6.2.1 Gemeinschaftliche Verwaltung, § 1421 BGB	111
6.2.2 Einzelverwaltung, § 1422 BGB	116
6.3 Derdenbescherming bij bevoegdheidsoverschrijdingen, de rol van het Güterrechtsregister	118
6.3.1 Derdenbescherming bij bevoegdheidsoverschrijdingen bij gemeinschaftliche Verwaltung	125
6.3.2 Derdenbescherming bij bestuursoverschrijdingen bij Einzelverwaltung	128

HOOFDSTUK 7

Duits intern recht: de positie van derden, indien echtgenoten vóór de huwelijksluiting in een Ehevertrag het stelsel van Gütertrennung hebben gekozen, § 1414 BGB	132
---	-----

*Veranderingen in het huwelijksvermogensregime of de bestuursverdeling sec
staande huwelijk*

HOOFDSTUK 8

Veranderingen in het huwelijksvermogensregime of in de bestuursverdeling
naar Nederlands intern recht 137

8.1 Veranderingen in het huwelijksvermogensregime door
huwelijksvoorwaarden staande huwelijk 137

8.1.1 De levering vindt plaats nadat de akte van huwelijkse
voorwaarden wordt opgemaakt maar voor de inschrijving
ervan in het huwelijksgoederenregister 139

8.1.2 De levering vindt plaats binnen twee weken na de inschrijving
van de huwelijkse voorwaarden 141

8.1.3 De levering vindt plaats na twee weken na de inschrijving
van de huwelijkse voorwaarden in het huwelijksgoederenregister 142

8.2 Opheffing van de gemeenschap bij beschikking, art. 109 BW 142

8.3 Bestuursveranderingen tijdens het huwelijk 146

8.3.1 Echtgenoten in de wettelijke gemeenschap van goederen
gehuwd, veranderen de bestuursverdeling 147

8.3.2 Echtgenoten buiten de wettelijke gemeenschap gehuwd,
veranderen de bestuursverdeling 162

8.4 Bijzonderheden bij hertrouwende echtgenoten 163

HOOFDSTUK 9

Goederenrechtelijke gevolgen van veranderingen in het huwelijks-
vermogensregime of in de bestuursverdeling staande huwelijk
naar intern Duits recht 166

9.1 Verandering van Zugewinngemeinschaft naar Gütertrennung 166

9.1.1 Verandering door opname van de regimewijziging in een
Ehevertrag 167

9.1.2 Verandering als gevolg van een uitsluiting van de Zugewinn-
gemeinschaft of van de Zugewinnausgleich, § 1414 BGB 167

9.1.3 Overgang naar de Gütertrennung als gevolg van uitsluiting
van de Versorgungsausgleich, § 1414 BGB 167

9.1.4 Verandering doordat een voortijdige Zugewinnausgleich
wordt bewerkstelligd 170

9.2 Verandering van Zugewinngemeinschaft naar Gütergemeinschaft 171

9.3 Verandering van Gütertrennung naar Zugewinngemeinschaft 173

9.4 Verandering van Gütertrennung naar Gütergemeinschaft 173

9.5 Verandering van Gütergemeinschaft naar Zugewinngemeinschaft 174

9.6 Verandering van Gütergemeinschaft met gemeenschappelijke
Verwaltung naar Gütertrennung 175

9.6.1	Verandering door Ehevertrag	176
9.6.2	Verandering door opheffing bij vonnis, § 1470 BGB	176
9.7	Verandering van Gütergemeinschaft met Einzelverwaltung naar Gütertrennung	177
9.7.1	Verandering door Ehevertrag	177
9.7.2	Verandering door opheffing bij vonnis, § 1447 en 1449 BGB	177
9.8	‘Überlassung der Vermögensverwaltung’ bij de Zugewinn- gemeinschaft, § 1413 BGB	178
9.9	Verandering van slechts de Verwaltungsregeling bij de Gütergemeinschaft	179

Deel B
Persoonlijke gevolgen van het huwelijk

HOOFDSTUK 10

Nederlands recht: Aansprakelijkheid van de niet-handelende echtgenoot voor huishoudelijke schulden: art 1:85 BW		185
10.1	De huidige rechtsgrond voor de dubbele binding van art. 1:85 BW	185
10.2	Volgt uit dubbele gebondenheid ook een verdubbeling aan de crediteurszijde?	188
10.3	Opheffing van de dubbele aansprakelijkheid, art. 1:86 lid 1 en 2 BW	190
10.4	Publicatie-eisen voor de uitsluiting van de dubbele aansprakelijkheid, art. 1:86 lid 3 en 4 BW	191
10.5	Effecten van een opheffing van de dubbele aansprakelijkheid bij lopende contracten	191
10.6	Wijziging van een beschikking inzake de dubbele aansprakelijkheid, art. 1:86 lid 2 BW	192
10.7	Art. 1:85 geldt ook bij niet-samenwonende echtgenoten	194

HOOFDSTUK 11

Duits recht: § 1357 BGB: Rechtsgeschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie		196
11.1	Verbintenisrechtelijke werkingsomvang en ratio van § 1357 BGB	196
11.2	Goederenrechtelijke gevolgen van § 1357 BGB?	198

HOOFDSTUK 12

Het toestemmingsvereiste van de andere echtgenoot bij bepaalde rechtshande- lingen naar Nederlands intern recht: art. 1:88 BW		203
12.1	Ratio en werkingsomvang van de regeling van art. 1:88 BW	203

12.2	Vernietiging op grond van art. 1:89 BW als de toestemming ontbreekt	207
12.3	Kwalificatie van het toestemmingsvereiste	216
12.4	De verschillende categorieën van rechtshandelingen waarvoor toestemming is vereist	219
12.4.1	Overeenkomsten strekkende tot vervreemding, bezwaring of ingebruikgeving en rechtshandelingen strekkende tot beëindiging van het gebruik van een door de echtgenoten tezamen of door de andere echtgenoot alleen bewoonde woning of van zaken die bij een zodanige woning of de inboedel daarvan behoren	220
12.4.2	Giften, met uitzondering van de gebruikelijke, van de niet bovenmatige en van die waarvoor tijdens zijn leven niets aan zijnvermogen wordt onttrokken	221
12.4.3	Overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt, of zich tot zekerheidstelling voor de schuld van een derde verbindt	224
12.4.4	Overeenkomsten van koop op afbetaling, behalve van zaken welke kennelijk uitsluitend of hoofdzakelijk ten behoeve van de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf strekken	227
HOOFDSTUK 13		
	Toestemmingsvereisten van de andere echtgenoot naar Duits intern recht	233
13.1	Toestemmingsvereisten bij Zugewinnngemeinschaft	233
13.1.1	§ 1365 BGB: Gesamtvermögensgeschäfte: beschikken over het gehele vermogen van de echtgenoot	234
13.1.2	§ 1369 BGB: beschikken over 'Haushaltsgegenstände'	249
13.2	Toestemmingsvereisten bij Gütergemeinschaft: alleen bij echtparen met Einzelverwaltung	253
13.2.1	§ 1423: Geschäfte über das Gesamtgut im ganzen	254
13.2.2	§ 1424: Geschäfte über Grundstück, Schiff oder Schiffsbauwerk	256
13.2.3	§ 1425: Schenkingen zijn onderworpen aan het toestemmingsvereiste	258
13.3	Enkele rechtsvergelijkende opmerkingen over de verschillende regelingen in Nederland en Duitsland	261

Deel C
Verhaal van schuldeisers die een der echtgenoten tot schuldenaar hebben

HOOFDSTUK 14	
Verhaal van schuldeisers naar Nederlands intern recht	267
14.1 De positie van een schuldeiser jegens zijn ongehuwde schuldenaar	267
14.2 De verhaalspositie van een schuldeiser jegens echtgenoten die in de wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd	268
14.3 De verhaalspositie van een schuldeiser jegens echtgenoten die buiten de wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd	269
14.4 Gevolgen voor schuldeisers indien de wederpartij gaat huwen voordat de schuld is voldaan	270
14.4.1 De wederpartij huwt in de wettelijke gemeenschap	271
14.4.2 De wederpartij huwt in een stelsel van scheiding van goederen	272
14.5 Wijzigingen van regime op grond van huwelijkse voorwaarden	273
14.5.1 Overgang van de wettelijke gemeenschap naar een stelsel van scheiding van goederen	273
14.5.2 Overgang van een stelsel van scheiding van goederen naar de wettelijke gemeenschap	288
14.6 Veranderingen van verhaalsmogelijkheden door een bestuursopdracht	288
14.7 De positie van derden nadat afstand van de gemeenschap is gedaan, art. 1:104 BW	289
14.8 Echtgenoten verzoenen zich na een scheiding van tafel en bed	294
14.8.1 Echtgenoten waren gehuwd in de wettelijke gemeenschap	294
14.8.2 Echtgenoten waren niet in de wettelijke gemeenschap gehuwd	296
HOOFDSTUK 15	
De verhaalsmogelijkheden van schuldeisers jegens echtgenoten-debiteuren naar Duits intern recht	297
15.1 De verhaalspositie van een schuldeiser jegens zijn ongehuwde schuldenaar	297
15.2 De verhaalspositie van een schuldeiser jegens echtgenoten die in de Zugewinnngemeinschaft of de Gütertrennung zijn gehuwd	298
15.3 De verhaalspositie van een schuldeiser jegens echtgenoten die in gemeenschap van goederen zijn gehuwd	302
15.3.1 Echtgenoten hebben gemeinschaftliche Verwaltung	302
15.3.2 Echtgenoten hebben Einzelverwaltung	305
15.4 Gevolgen voor schuldeisers indien de wederpartij gaat huwen voordat de schuld is voldaan	308

15.4.1	De wederpartij huwt in een splitsingsstelsel	308
15.4.2	De wederpartij huwt in Gütergemeinschaft	308
15.5	Verhaalspositie van derden op de vermogens der echtgenoten bij beëindiging van de Gütertrennung	310
15.6	Verhaalspositie van derden op de vermogens der echtgenoten bij beëindiging van de Zugewinnngemeinschaft	311
15.7	Verhaalspositie van derden op de vermogens der echtgenoten bij beëindiging van de Gütergemeinschaft	312
15.7.1	Verhaalspositie van derden op de vermogens der echtgenoten bij beëindiging van de gemeenschap door echtscheiding voordat de boedelscheiding heeft plaatsgevonden	314
15.7.2	Verhaalspositie van derden op de vermogens der echtgenoten bij beëindiging van de gemeenschap door het maken van een andersluidende Ehevertrag	315
15.7.3	Verhaalspositie van derden op de vermogens der echtgenoten bij beëindiging van de gemeenschap door een opheffingsvonnis	316

Deel D

Conclusies uit de vergelijking van het Nederlandse en Duitse interne recht inzake de huwelijksvermogensrechtelijke derdenbescherming

HOOFDSTUK 16

Vergelijking van de omvang van de derdenbescherming in het Nederlandse en Duitse recht		319
16.1	Vergelijking van de goederenrechtelijke positie van derden die goederen verkrijgen van een gehuwde in het wettelijk stelsel	319
16.2	Toestemmingsgebonden rechtshandelingen en derden	320
16.3	Gevolgen van huwelijksvoorwaarden voor derden	321
16.4	Functie van de rechterlijke goedkeuring bij huwelijksvoorwaarden staande huwelijk	324
16.5	Is het verdedigbaar dat op de onderzochte terreinen echtgenoten anders worden behandeld dan ongehuwden?	325
16.6	Een poging tot een omvattende beoordeling	328

Deel II

Internationaal Privaatrecht

Deel A

Goederenrechtelijke aspecten van de verhouding tussen derden en de echtgenoten in Nederlands-Duitse IPR-verhoudingen

HOOFDSTUK 17	
Het huwelijksvermogensrecht in het Nederlandse IPR	335
17.1 Het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 met bijbehorende wetgeving	335
17.1.1 Conflictregels van het Verdrag	336
17.1.2 Rechtskeuzemogelijkheden	337
17.1.3 Werking van de rechtskeuze staande huwelijk, art. 6 lid 3 Verdrag	349
17.1.4 Automatische veranderingen in het toepasselijke huwelijksvermogensregime, art. 7 Verdrag	351
17.1.5 Voorkoming van automatische veranderingen door een 'behoud-verklaring'	354
17.1.6 Echtgenoten kunnen het hele vermogen onder het nieuwe recht brengen, nadat zich een automatische wijziging heeft voorgedaan, art. 8 lid 2 Verdrag	356
17.1.7 Gevolgen van de invoering van de derdenbeschermingsrege- ling van de WCHv ten aanzien van Verdrag 1978-huwelijken	357
17.2 Haags Huwelijksgevolgenverdrag 1905	358
17.3 Commuun IPR tussen en naast de verdragen: Chelouche/ van Leer, Sabah, Rhodesië en Hong Kong arresten	359
17.3.1 De commune conflictregels met excepties	359
17.3.2 Toepassing van de art. 4 en 5 WCHv en de registerbescher- ming ook bij pre-Verdrag 1978-huwelijken?	362
17.4 Rechtskeuze bij huwelijken die zijn gesloten voor 1 september 1992	367
17.4.1 Rechtskeuzes voor 1 september 1992 uitgebracht, art. 13 WCHv	367
17.4.2 Rechtskeuzes vanaf 1 september 1992 uitgebracht, art. 12 WCHv	370
17.5 Reikwijdte van het Verdrag 1978 en afbakening van de andere betrokken rechtsgebieden	371
17.6 Conflicten tussen het huwelijksvermogensrecht en het goederenrecht, Näherberechtigung	372

HOOFDSTUK 18

Het huwelijksvermogensrecht in het Duitse IPR	375
18.1 Haags Huwelijksgevolgenverdrag 1905 is voor Duitsland buiten werking gesteld	375
18.2 Andere verdragsregels op het terrein van het huwelijksvermogensrecht van kracht?	377
18.3 Commuun IPR-huwelijksvermogensrecht	377
18.3.1 Objectieve conflictregels	378
18.3.2 Rechtskeuzemogelijkheden	382
18.4 Afbakening tussen IPR-huwelijksvermogensrecht, IPR-huwelijksgevolgenrecht en andere rechtsgebieden in het Duitse IPR	396
18.4.1 Afbakening tussen het huwelijksvermogensrecht en het recht inzake de persoonlijke huwelijksgevolgen	396
18.4.2 Afbakening tussen het IPR-huwelijksvermogensrecht en het goederenrecht	397

Bestuursoverschrijdingen en de positie van derden

HOOFDSTUK 19

Nederlands IPR: Echtparen in Nederland met een buitenlands huwelijks-goederenregime door rechtskeuze voor de huwelijkssluiting of door toepassing van objectief conflictenrecht	403
19.1 Uitgangspunten van het verdrag inzake de positie van derden	403
19.2 De positie van derden jegens echtgenoten die hun buitenlandse regime hebben ingeschreven in het huwelijksgoederenregister	404
19.2.1 De derde wil een roerende zaak, toonder- of ordervordering van een der echtgenoten in Nederland verkrijgen	404
19.2.2 De derde wil een registergoed verkrijgen van een naar buitenlands recht onbevoegde echtgenoot	406
19.2.3 De verkrijging van een art. 3:88-goed dat geen registergoed is van een bestuursonbevoegde echtgenoot naar buitenlands recht	407
19.3 De echtgenoten hebben hun buitenlandse huwelijksgoederenregime niet ingeschreven in het huwelijksgoederenregister	407
19.3.1 Positie van een verkrijger van een art. 3:86-goed	408
19.3.2 Positie van de verkrijger van een registergoed	408
19.4 Bijzonderheden bij een deelkeuze voor de lex rei sitae voor onroerende zaken	411
19.5 Onzekerheid omtrent het toepasselijke regime bij keuze voor het toekomstige domicilie, art. 3 lid 2 sub 3 Verdrag	413

HOOFDSTUK 20

Duits IPR: Echtparen in Duitsland met een buitenlands huwelijksgoederenregime door rechtskeuze voor de huwelijkssluiting of door toepassing van objectief conflictenrecht 415

- 20.1 Bronnen van derdenbescherming tegen bestuursonbevoegdheid, veroorzaakt door een buitenlands huwelijksgoederenregime 415
 - 20.1.1 Bescherming op grond van art. 12 EGBGB 416
 - 20.1.2 Voorwaarden voor bescherming van derden ex art. 16 lid 1 EGBGB 417
- 20.2 Verhouding tussen art. 12 en 16 lid 1 EGBGB 421
- 20.3 Derdenbescherming bij in Duitsland gelegen onroerende zaken 422
- 20.4 Een andersoortige bescherming: Art. 16 lid 2 EGBGB j° §1431/1456 BGB 425

Veranderingen in het huwelijksvermogensregime of de bestuursverdeling sec staande huwelijk

HOOFDSTUK 21

Veranderingen in het huwelijksvermogensregime of in de bestuursverdeling staande huwelijk in het Nederlandse IPR 431

- 21.1 Veranderingen op grond van rechtskeuze 432
 - 21.1.1 Verandering van het Nederlandse wettelijk stelsel naar het Duitse wettelijk stelsel 432
 - 21.1.2 Overgang van het Duitse wettelijk stelsel naar het Nederlandse wettelijk stelsel 436
 - 21.1.3 Verandering van het wettelijk stelsel van de Nederlandse gemeenschap van goederen naar het Duitse keuzestelsel van Gütertrennung 438
 - 21.1.4 Verandering van de Duitse Gütertrennung naar de Nederlandse gemeenschap van goederen 438
 - 21.1.5 Verandering van de Nederlandse wettelijke gemeenschap naar de Duitse Gütergemeinschaft 439
 - 21.1.6 Verandering van de Duitse Gütergemeinschaft naar de Nederlandse gemeenschap van goederen 440
 - 21.1.7 Verandering van de Nederlandse scheiding van goederen naar de Duitse Zugewinngemeinschaft 441
 - 21.1.8 Verandering van de Duitse Zugewinngemeinschaft naar de Nederlandse scheiding van goederen 443
 - 21.1.9 Verandering van de Nederlandse scheiding van goederen naar de Duitse Gütertrennung 444
 - 21.1.10 Verandering van de Duitse Gütertrennung naar de Nederlandse scheiding van goederen 444

21.1.11	Verandering van de Nederlandse scheiding van goederen naar de Duitse Gütergemeinschaft	444
21.1.12	Verandering van de Duitse Gütergemeinschaft naar de Nederlandse scheiding van goederen	445
21.2	Automatische veranderingen in het toepasselijke huwelijksvermogensrecht, art. 7 Verdrag	446
21.2.1	Echtgenoten met een gemeenschappelijke nationaliteit gaan beiden in dat land wonen, art. 7 sub 1 Verdrag	448
21.2.2	Echtgenoten met gemeenschappelijk woonland verkrijgen beiden de nationaliteit van dat land, art. 7 sub 1 Verdrag	451
21.2.3	Echtgenoten met gemeenschappelijke nationaliteit gaan voor het eerst in een gemeenschappelijk woonland wonen, art. 7 sub 3 Verdrag	453
21.2.4	Echtgenoten wonen 10 jaar in hetzelfde land, art. 7 sub 2 Verdrag	454
21.3	Voorkomen van automatische veranderingen door een verklaring dat men het tot dan toepasselijke recht wil behouden	455
21.4	Echtgenoten brengen het hele vermogen onder het nieuwe recht na een automatische verandering, art. 8 lid 2 Verdrag	456
21.5	Gevolgen van de werking van art. 10 WCHv j° 1:131 BW voor derden, een effectief correctiemiddel?	457
21.6	Voorlopige conclusie: hebben derden ten aanzien van de (voor hen niet kenbare) bestuursonbevoegdheid der echtgenoten veel te vrezen van de gevolgen van het Verdrag 1978?	460

HOOFDSTUK 22

Veranderingen in het huwelijksvermogensregime of in de bestuursverdeling staande huwelijk in het Duitse IPR		462
22.1	Verschillende overgangen en gevolgen voor derden	462
22.1.1	Verandering door een rechtskeuze sec van het Duitse wettelijk stelsel naar het Nederlandse wettelijk stelsel	463
22.1.2	Verandering door rechtskeuze sec van het Nederlandse wettelijk stelsel naar het Duitse wettelijk stelsel	467
22.1.3	Verandering door rechtskeuze met huwelijkse voorwaarden van de Nederlandse gemeenschap van goederen naar de Duitse Gütertrennung	470
22.1.4	Verandering door rechtskeuze van de Duitse Gütertrennung naar de Nederlandse gemeenschap van goederen	470
22.1.5	Verandering door rechtskeuze met huwelijkse voorwaarden van de Nederlandse wettelijke gemeenschap naar de Duitse Gütergemeinschaft	471

22.1.6	Verandering door rechtskeuze van de Duitse Gütergemein- schaft naar de Nederlandse gemeenschap van goederen	472
22.1.7	Verandering door rechtskeuze van de Nederlandse scheiding van goederen naar de Duitse Zugewinnngemeinschaft	476
22.1.8	Verandering door rechtskeuze met huwelijkse voorwaarden van de Duitse Zugewinnngemeinschaft naar de Nederlandse scheiding van goederen	476
22.1.9	Verandering door rechtskeuze met huwelijkse voorwaarden van de Nederlandse scheiding van goederen naar de Duitse Gütertrennung	477
22.1.10	Verandering door rechtskeuze met huwelijkse voorwaarden van de Duitse Gütertrennung naar de Nederlandse scheiding van goederen	477
22.1.11	Verandering door rechtskeuze met huwelijkse voorwaarden van de Nederlandse scheiding van goederen naar de Duitse Gütergemeinschaft	477
22.1.12	Verandering door rechtskeuze met huwelijkse voorwaarden van de Duitse Gütergemeinschaft naar de Nederlandse scheiding van goederen	478
22.2	Gevolgen voor derden van de opheffing van een keuze voor een bepaald huwelijksgoederenregime	480
22.3	Gevolgen in Duitsland van automatische veranderingen in het huwelijksgoederenregime van een echtpaar, veroorzaakt door art. 7 Verdrag 1978	481
22.3.1	Remigratie naar een buitenlands vaderland, i.c. Duitsland	482
22.3.2	Een in Duitsland wonend echtpaar verkrijgt de Duitse nationaliteit	484
22.3.3	Echtgenoten op wie bij gebreke van een gemeenschappelijk woonland hun nationale wet toepasselijk was, vestigen zich in Duitsland, art. 7 lid 2 sub 3 Verdrag	486
22.3.4	Een Nederlands echtpaar woont sinds 10 jaren in Duitsland	486
22.4	Rechtsvergelijkende opmerkingen en conclusie	487

Deel B

Persoonlijke huwelijksbetrekkingen in het internationaal privaatrecht

HOOFDSTUK 23

De regeling van de aansprakelijkheid van de niet-handelende echtgenoot voor huishoudelijke schulden in het Nederlandse IPR: art. 2 WCHb		491
23.1	Karakter van de regeling van art. 2 WCHb	492

23.2	Tijdsproblemen bij de toepassing van art. 2 WCHb	496
23.3	Geen erkenning van buitenlandse rechtskeuzes in het kader van dubbele aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden	497
23.4	Conclusie	498

HOOFDSTUK 24

Duits IPR: De persoonlijke huwelijksgevolgen (allgemeine Ehewirkungen): de regeling inzake de aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden in art. 14 EGBGB j° § 1357 BGB

24.1	Het toepasselijke recht op de persoonlijke huwelijksgevolgen in het algemeen, art. 14 EGBGB	500
24.1.1	Rechtskeuze in het huwelijksgevolgenrecht	501
24.1.2	Objectieve aanknoping bij gebrek aan een rechtskeuze	504
24.2	De “Schlüsselgewalt” in het Duitse IPR	505
24.3	Vereisten voor derdenbescherming ex art. 16 lid 2 EGBGB	506
24.3.1	Toepasselijkheid van § 1357 BGB (j° art. 16 lid 2 EGBGB) bij een huishoudelijke schuld die is aangegaan in Duitsland	507
24.3.2	Toepasselijkheid van § 1357 BGB of art. 1:85 BW bij een huishoudelijke schuld die is aangegaan in Nederland	509
24.3.3	Conclusie	510
24.4	Gevolgen van de veranderlijkheid van het toepasselijke recht ten aanzien van de “Schlüsselgewalt”	511
24.5	Kritische vergelijking van het Duitse en het Nederlandse IPR op het gebied van de dubbele aansprakelijkheidstelling voor huishoudelijke schulden	512

HOOFDSTUK 25

De plaats van de toestemmingsvereisten in het Nederlandse IPR, art. 3 WCHb

25.1	Karakter van de regeling van art. 3 WCHb	515
25.2	Speelt art. 11 EVO een rol bij de ‘handelingsonbekwaamheid’ van echtgenoten die wordt veroorzaakt door toestemmingsvereisten zoals art. 1:88 BW?	516
25.3	Toetsing van art. 3 WCHb in praktische constellaties	517
25.3.1	De te beschermen echtgenoot woont in Nederland	518
25.3.2	De te beschermen echtgenoot woont in Duitsland	522
25.4	Gevolgen van verandering van woonplaats van de te beschermen echtgenoot	525
25.5	Kritische beschouwing over art. 3 WCHb en bespreking van een mogelijk alternatief	526

HOOFDSTUK 26

Toestemmingsvereisten van de andere echtgenoot naar Duits IPR	529
26.1 Kwalificatie van de toestemmingsvereisten	529
26.2 De positie van derden bij echtgenoten met Duitse huwelijksgoederenrecht	530
26.2.1 Voor hen geldt ook Duits huwelijksgevolgenrecht	530
26.2.2 Voor echtgenoten geldt Nederlands huwelijksgevolgenrecht	532
26.3 De positie van derden bij echtgenoten met Nederlands huwelijksgoederenrecht	536
26.4 Gevolgen van de veranderlijkheid van het huwelijks- gevolgenrecht op het terrein der toestemmingsvereisten	538
26.5 Is rechtskeuze bij de toestemmingsvereisten wenselijk, een rechtsvergelijkende beschouwing	539

Deel C

Verhaal van schuldeisers die een der echtgenoten tot schuldenaar hebben in IPR-verhoudingen betreffende Nederlands en Duits recht

HOOFDSTUK 27

De verhaalspositie van derden jegens (ex)echtgenoten na beëindiging van de gemeenschap tengevolge van beëindiging van het huwelijk, dan wel wijzi- ging van regime ten gevolge van een overgang naar een ander regime, naar Nederlands internationaal privaatrecht	543
27.1 Verhaalsmogelijkheden bij beëindiging van het regime op grond van beëindiging van het huwelijk	546
27.2 Verhaalsmogelijkheden bij beëindiging van een regime door overgang naar een ander regime door een rechtskeuze ex art. 6 Verdrag	548
27.2.1 Algemeen	548
27.2.2 Verhaalsmogelijkheden bij een overgang van het Duitse wettelijk stelsel naar het Nederlandse wettelijk stelsel	550
27.2.3 Verhaalsmogelijkheden bij een verandering van het Nederlandse wettelijk stelsel naar het Duitse wettelijk stelsel of de Duitse Gütertrennung	551
27.2.4 Verhaalsmogelijkheden bij een verandering van de Duitse Gütertrennung naar de Nederlandse gemeenschap van goederen	552
27.2.5 Verhaalsmogelijkheden bij een verandering van de Nederland- se wettelijke gemeenschap naar de Duitse Gütergemeinschaft	553
27.2.6 Verhaalsmogelijkheden bij een verandering van de Duitse Güter- gemeinschaft naar de Nederlandse gemeenschap van goederen	554

27.2.7	Verhaalsmogelijkheden bij een verandering van de Nederlandse scheiding van goederen naar de Duitse Gütergemeinschaft	556
27.2.8	Verhaalsmogelijkheden bij een verandering van de Duitse Gütergemeinschaft naar de Nederlandse scheiding van goederen	556
27.3	Verhaalsproblemen bij automatische overgangen	557
27.4	Verhaalsproblemen bij een veto binnen een redelijke termijn na een automatische verandering	558
27.5	Verhaalsproblemen indien echtgenoten na een automatische verandering al hun bestaande goederen onder het nieuwe regime brengen ex art. 8 lid 2 Verdrag	559

HOOFDSTUK 28

De verhaalspositie van derden jegens (ex)echtgenoten na beëindiging van de Zugewinnngemeinschaft, de Gütertrennung en de gemeenschap van goederen naar Duits internationaal privaatrecht 560

28.1	Overgang van de Duitse Zugewinnngemeinschaft naar de Nederlandse wettelijke gemeenschap van goederen	562
28.2	Verandering van de Nederlandse wettelijke gemeenschap van goederen naar de Duitse Zugewinnngemeinschaft of de Duitse Gütertrennung	563
28.3	Verandering van de Duitse Gütertrennung naar de Nederlandse gemeenschap van goederen	565
28.4	Verandering van de Nederlandse wettelijke gemeenschap naar de Duitse Gütergemeinschaft	565
28.5	Verandering van de Duitse Gütergemeinschaft naar de Nederlandse gemeenschap van goederen	568
28.6	Verandering van de Duitse Zugewinnngemeinschaft naar de Nederlandse scheiding van goederen	571
28.7	Verandering van de Nederlandse scheiding van goederen naar de Duitse Gütertrennung of de Zugewinnngemeinschaft	572
28.8	Verandering van de Nederlandse scheiding van goederen naar de Duitse Gütergemeinschaft	572
28.9	Verandering van de Duitse Gütergemeinschaft naar de Nederlandse scheiding van goederen	573
28.10	Rechtsvergelijkende opmerkingen ten aanzien van de derdenbescherming op het terrein van het verhaalsrecht van crediteuren	574

Deel D
Conclusies uit de vergelijking van het Nederlandse en Duitse interne recht
inzake de huwelijksvermogensrechtelijke derdenbescherming

HOOFDSTUK 29	
Vergelijking van de omvang van de derdenbescherming in het Nederlandse en Duitse IPR	579
29.1 Vergelijking van het conflictenrecht inzake het huwelijksvermogensrecht	579
29.1.1 Verdragsregeling versus commune regeling	579
29.1.2 Inhoudelijke verschillen tussen het Duitse IPR inzake het huwelijksvermogensrecht en de Verdragsregeling zoals deze voor Nederland geldt	580
29.1.3 Automatische veranderingen in het huwelijksgoederenrecht	581
29.1.4 Heimwärtsstreben bij bipatriden in het Duitse IPR-huwelijksvermogensrecht	581
29.1.5 In beginsel vindt in het Duitse IPR renvoi plaats	582
29.1.6 Invloed van het Grundbuchrecht op de vermogenspositie van de echtgenoten	582
29.1.7 Rechterlijke goedkeuring in Nederland in het IPR ten dele afgeschaft	583
29.1.8 Gevolgen voor derden van de verschillende aanpak van derdenbescherming in Nederland en Duitsland op het gebied van het huwelijksgoederenrecht	583
29.2 Beoordeling van de keuze van Nederland om tot invoering van het Haagse Huwelijksvermogensverdrag te komen	585
29.3 Verschillen op het gebied van het huwelijksgevolgenrecht tussen Nederlands en Duits IPR	588
29.3.1 Verschillen op het gebied van de kwalificatie huwelijksgevolgenrecht - huwelijksvermogensrecht	588
29.3.2 Verschillen in de derdenbescherming in het huwelijksgevolgenrecht	588
 SAMENVATTING	 591
 ZUSAMMENFASSUNG	 599
 LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR	 607
 JURISPRUDENTIEREGISTER	 639
	XXI

TREFWOORDENREGISTER	647
BIJLAGEN	
Enkele bepalingen uit het BGB	675
Enkele bepalingen uit het EGBGB	681

Lijst van afkortingen

AAe	Ars Aequi
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AmtsG	Amtsgericht
AnfG	Anfechtungsgesetz, Gesetz betreffende Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879, in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898
BeurkG	Beurkundungsgesetz, Gesetz vom 28. August 1969
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BRv	Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering van 1 oktober 1828, Stb. 14, zoals dit Wetboek laatstelijk is gewijzigd bij de Wet van 6 december 1995, Stb. 592
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
ErbStG	Erbschaftssteuer- und Schenkungssteuergesetz, vom 17. April 1974
EW	Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden, het Koninkrijk België en het Groothertogdom Luxemburg, houdende eenvormige wet betreffende het internationaal Privaatrecht, met Bijlage, Brussel 3 juli 1969, Trb. 1969 167, niet in werking getreden
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FS	Festschrift
FuR	Familie und Recht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, zuletzt geändert durch ein Bundesgesetz vom 28. Juni 1993
HausratsVO	Verordnung über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrats, Sechste Durchführungsverordnung zum Ehegesetz vom 21. Oktober 1944
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 28. Oktober 1994, BGBI. I 3210
ICLQ	International Comparative Law Quarterly
JBN	Juridische berichten voor het notariaat

JZ	Juristenzeitung
KG	Kantongerecht
KO	Konkursordnung (faillissementswet), vom 20. Mai 1898
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NILR	Netherlands International Law Review
NIPR	Nederlands Internationaal Privaatrecht. Repertorium op Verdragenrecht, wetgeving, rechtspraak en literatuur
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
n.F.	neue Fassung
NW	Wet op het Notarisambt van 9 juli 1842, laatstelijk gewijzigd bij de Wet van 4 oktober 1995, Stb. 497
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, opvolger van Kwartaalbericht Nieuw BW
OLG	Oberlandesgericht
Pb. EG	Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen
PStG	Personenstandsgesetz
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RW	Rechtskundig Weekblad
TPR	Tijdschrift voor privaatrecht
TWHOZ	Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken
VR	Verkeersrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 12. September 1950
ZS	Zweigstelle

Inleiding

Welk onderwerp?

Over de goederenrechtelijke gevolgen van een huwelijk voor de echtgenoten zelf is al veel geschreven. Minder aandacht heeft de vraag gekregen, welke goederenrechtelijke gevolgen een huwelijk heeft voor derden die te maken hebben met een gehuwde wederpartij. Dit onderzoek poogt een deel van deze leemte op te vullen.

Waarom is het voor een derde van belang of iemand waarmee hij een rechtshandeling aangaat, gehuwd is of niet? Dit kan verschil uitmaken op vele terreinen: de beschikkingsbevoegdheid over een goed kan beïnvloed zijn door het huwelijksvermogensregime dat voor het echtpaar geldt. Dit geldt ook voor de rechtspositie van de derde indien blijkt dat de echtgenoot die niet het bestuur had over een goed, daarover onbevoegdlijk heeft beschikt. Ook kunnen echtgenoten door derden ineens voor bepaalde schulden worden aangesproken die zij zelf niet zijn aangegaan, hetgeen bij ongehuwden niet het geval is. Men name voor de notariële praktijk is van belang dat bepaalde rechtshandelingen niet meer onaantastbaar kunnen worden verricht door de bestuursbevoegde echtgenoot. De wet stelt bepaalde toestemmingseisen die voor ongehuwden niet gelden.

Een heel andere vraag is, welke wijzigingen de rechtspositie van een derde ondergaat als de echtgenoten niet in de wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd, maar vanaf de huwelijksluiting of later door huwelijkse voorwaarden een ander regime zijn overeengekomen. In hoeverre kunnen zij dit dan aan derden tegenwerpen, eventueel zelfs zonder dat de derde daadwerkelijk op de hoogte is van deze afspraken? In het algemene vermogensrecht is het uitgangspunt dat overeenkomsten gelden tussen partijen en dat derden in beginsel buiten de afspraken staan. In het huwelijksvermogensrecht worden daarop specifieke uitzonderingen gemaakt.

Waarom dit onderwerp?

Oorspronkelijk wilde ik onderzoek doen naar de IPR-partij-autonomie in het gehele familierecht, maar nader onderzoek op de diverse terreinen van het familierecht maakte mij snel duidelijk dat bepaalde terreinen afvielen, omdat

daar de partij-autonomie in het geheel niet, of juist ten volle was geaccepteerd. Met name de laatstgenoemde situatie laat weinig ruimte voor interessante beschouwingen. Het huwelijksvermogensrecht bleek wel een geschikt terrein te zijn, omdat daar een zekere mate van partij-autonomie is toegestaan, waaraan bepaalde grenzen worden gesteld.

Ter bestudering van concrete gevallen in het IPR was in ieder geval nodig, om aan het IPR-deel een beschouwing over het interne recht vooraf te laten gaan. Dit bleek nog niet voldoende. Voor de behandeling van een IPR-casus en de beoordeling van de concrete gevolgen van een beslissing op IPR-niveau is ook kennis van het desbetreffende vreemde recht vereist, omdat de beschouwingen anders op een theoretisch niveau zouden blijven steken. Dit leek mij voor de (notariële) praktijk niet erg nuttig. Daarom moest ook een diepgaand onderzoek naar een buitenlands huwelijksvermogensrecht plaatsvinden. Mijn keuze is gevallen op het Duitse recht. Dit is praktisch te verklaren vanuit mijn Duitse en Duitstalige achtergrond. Het is prettig om aan familieleden en vrienden te kunnen uitleggen, wat de gevolgen zijn voor een unilateraal Duits echtpaar of een gemengd Nederlands-Duits echtpaar van een bestaan in Nederland en in Duitsland.

Daarnaast is de keuze ook wetenschappelijk verantwoord. Tussen het interne recht van Nederland en Duitsland treedt een aantal interessante verschillen op in het algemene vermogensrecht, en in het huwelijksvermogensrecht in het bijzonder. Ten eerste valt natuurlijk op dat het Duitse wettelijk stelsel van huwelijksgoederenrecht juist niet uitgaat van een gemeenschap van goederen, maar van een splitsingsstelsel met verrekening van de overgespaarde inkomsten van de echtgenoten na afloop. Daarnaast geldt in het algemene goederenrecht het abstracte stelsel, terwijl Nederland het causale stelsel kent. Voorts kent Duitsland een positief systeem met betrekking tot het Grundbuchrecht, in tegenstelling tot Nederland, dat met betrekking tot de registratie van onroerende zaken heeft gekozen voor een negatief stelsel met positieve trekken.

In het IPR is het aardig om een stelsel te onderzoeken dat een recent gewijzigde commune regeling voor het huwelijksvermogensrecht kent en tegen invoering van het Haagse Huwelijksvermogensverdrag 1978 was, omdat Nederland in 1992 juist vóór invoering van het Verdrag heeft gekozen. Pikant detail is dat het via een constructie van 'renvoi' in het Duitse recht geenszins denkbeeldig is dat Duitse praktijkjuristen in Nederlands-Duitse verhoudingen regelmatig met de Nederlandse regeling te maken krijgen, zodat de scheiding tussen de twee rechtsstelsels in Duitsland minder absoluut is dan men zou denken.

Al deze redenen hebben mij in de loop der jaren versterkt in mijn keuze voor een grondige vergelijking van het Nederlandse en het Duitse recht, waarbij het feit dat aan mijn Leidse Alma Mater veel materiaal over Duits huwelijksvermogensrecht aanwezig is, het onderzoek heeft vereenvoudigd.

Afbakening van het onderwerp

Men komt in het algemeen tijdens de uitvoering van een promotie-onderzoek vele interessante (zij)sporen tegen. Dit overkwam ook mij. Ter wille van de noodzakelijke begrenzing van het toch nog omvangrijke onderzoeksterrein heb ik ervoor moeten kiezen, om een aantal onderwerpen buiten beschouwing te laten. Dit betreft in het interne recht met name allerlei varianten op de wettelijke gemeenschap en de diverse verrekenstelsels. De actuele problematiek omtrent verrekenstelsels en de discussie omtrent de merites van het wettelijk deelgenootschap zal de lezer in dit boek niet aantreffen. Goederenrechtelijk komen deze varianten immers neer op een gedeeltelijke wettelijke gemeenschap dan wel een splitsingsstelsel met een obligatoire afrekening aan het einde van het regime. In dit boek wordt slechts een onderscheid gemaakt tussen de wettelijke gemeenschap enerzijds en de diverse splitsingsstelsels anderzijds.

Ook bleef de faillissementsproblematiek in het kader van het huwelijksvermogensrecht buiten beschouwing, en zijn slechts enkele woorden gewijd aan de *actio pauliana*.

Het onderzoek is gericht op het thans geldende recht. Overgangsrechtelijke kwesties met betrekking tot het Nederlandse huwelijksvermogensrecht zoals dat tot 1992 gold, zijn met het oog op de omvang van het onderzoek niet behandeld.

Voor wat betreft de goederen die bij de transactie tussen de echtgenoten en de derde zijn betrokken, heb ik het onderzoek grotendeels beperkt tot roerende zaken en onroerende registerzaken. In bescheiden mate komen ook vorderingen op naam en andere vorderingen aan de orde. De overdracht van aandelen in een onderneming is vanwege haar bijzondere karakter geheel buiten het onderzoek gebleven.

Ook in het IPR-deel is de nadruk gelegd op het recht zoals dit tegenwoordig in Nederland en Duitsland geldt. Aan het 'overgangsrecht' van het Haagse Huwelijksvermogensverdrag 1978 ten aanzien van de Chelouche-periode wordt een enkel woord gewijd, maar het complexe overgangsrecht ten aanzien van het Duitse IPR-huwelijksvermogensrecht is hier buiten het onderzoek gelaten. De geïnteresseerde lezer verwijs ik hiervoor naar de Duitse IPR-handboeken.

Het zou interessant zijn geweest om voor de bespreking van het Verdrag 1978 meer gebruik te maken van de opvattingen die in de andere verdragstaten, te weten Luxemburg en Frankrijk, ten aanzien van dit verdrag gelden. Helaas is over het Luxemburgse recht weinig bekend. Ten aanzien van de Franse ontwikkelingen die juist in 1996 een interessante wending hebben genomen door de publicatie van een wetsontwerp met betrekking tot uitvoeringswetgeving bij het Verdrag 1978 valt alleen op te merken, dat verant-

woorde behandeling op de wijze zoals ik dit voor het Duitse recht heb gedaan, te veel ruimte in beslag zou hebben genomen. Gezien de toch al niet geringe omvang van dit boek zou deze toevoeging het kader van een proefschrift in de huidige tijd nog meer te buiten zijn gegaan. Dit wilde ik de lezer niet aandoen.

Plan van behandeling

Dit boek bestaat uit Deel I, dat het interne recht bespreekt, en Deel II over het IPR. De delen I en II zijn opgebouwd uit elk vier delen.

Deel A betreft de goederenrechtelijke aspecten van de relatie tussen de derde en de echtgenoten. Hierbij komen onderwerpen aan bod die te maken hebben met de vraag naar de bestuursbevoegdheid van de echtgenoten en de gevolgen voor derden, indien bestuursoverschrijdingen hebben plaatsgevonden. Tevens wordt ingegaan op de goederenrechtelijke gevolgen van regime-wijzigingen.

Deel B behandelt de gevolgen voor derden die worden veroorzaakt door bepaalde regelingen die liggen op het terrein van het huwelijksgevolgenrecht. Hieronder vallen onderwerpen als de aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden die de andere echtgenoot is aangegaan, en toestemmingsperikelen bij bepaalde rechtshandelingen. In het Burgerlijk Wetboek zijn deze onderwerpen geregeld in titel 1.6. Tevens komen enkele gevolgen van de wijziging van regime door de echtgenoten aan bod.

Deel C onderzoekt de invloed die de huwelijkse staat van de schuldenaar heeft op de mogelijkheid van zijn schuldeiser om zich op de goederen van de schuldenaar en eventueel diens echtgenoot te verhalen. Ook hier is van belang, wat de positie is van de derde indien de echtgenoten naar een ander regime overgaan.

Deel D bevat conclusies naar aanleiding van de voorafgaande hoofdstukken in het onderdeel, waarbij de conclusies aan het einde van Deel II uit de aard van het onderwerp mede betrekking hebben op de internrechtelijke consequenties van het een en ander.

Binnen de delen is het Nederlandse en Duitse recht zoveel mogelijk parallel behandeld. In de hoofdstukken over het Duitse recht zijn regelmatig korte rechtsvergelijkende intermezzo's opgenomen, die direct betrekking hebben op het voorgaande. In de conclusies in Deel D zijn de vergelijkingen noodzakelijkerwijze globaler van aard.

Tot slot

Ik ben dankbaar dat de universiteit en mijn omgeving mij de kans hebben gegeven, dit vrij omvangrijke onderzoek uit te voeren. Pas door grondige kennis van het interne recht van een andere staat kan men duidelijke uitspraken doen over de gevolgen van bepaalde IPR-regels die in Nederland worden opgesteld. Het nadeel van deze aanpak is dat men zich moet beperken tot één rechtsstelsel. De keuze voor een vergelijking van het Nederlandse en het Duitse recht ligt niet alleen om persoonlijke redenen voor de hand. De praktische ervaring leert dat vele Nederlanders huwen met Duitse partners. Ik hoop dat dit boek, behalve de basis voor mijn promotie, voor deze echtgenoten en hun wederpartijen (en hun raadslieden) een naslagwerk zal zijn bij de beantwoording van concrete vragen op het gebied van het huwelijksvermogensrecht en de positie van derden daarbinnen.

Dit onderzoek is afgesloten op 1 maart 1997. Met nadien verschenen literatuur en jurisprudentie kon derhalve slechts zeer beperkt rekening worden gehouden.

Deel I

Intern recht

Huwelijksvermogensrechtelijke derdenbescherming in het Nederlandse en Duitse interne recht

Deel A

Goederenrechtelijke aspecten van de verhouding tussen derden
en de echtgenoten in Duitse en Nederlandse verhoudingen

HOOFDSTUK 1

Bestuur over de goederen der echtgenoten naar Nederlands huwelijksvermogensrecht

Voordat wij toekomen aan de afweging van de belangen van de echtgenoten jegens de belangen van derden in concrete situaties zullen wij eerst de regeling van de rechten van de echtgenoten onderling en jegens derden binnen het Nederlandse huwelijksvermogensrecht bekijken. Daarbij zal met name worden ingegaan op het begrip ‘bestuur’, waarbij zowel de inhoud van het begrip, alsook de vraag aan wie bestuursbevoegdheid toekomt, behandeld zal worden. Tevens wordt aandacht besteed aan de hoofdlijnen van de achterliggende eigendoms- en bezitsverhoudingen.

1.1 Situatie vóór de wijzigingen van Boek 1 BW door de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW

Na de invoering van Boek 1 NBW in 1970 was de regeling van het huwelijksvermogensrecht in grote lijnen dezelfde als tegenwoordig. Op twee punten verschilde zij duidelijk van de huidige regeling. Het eerste betreft de definitie van ‘bestuur’. Bestuur naar destijds geldend recht omvatte zowel obligatoire als zakenrechtelijke handelingen.¹ Dat hield in dat alleen de bestuursbevoegde echtgenoot bevoegd was om een gemeenschaps- of privégoed te verkopen.

De inhoud van het begrip bestuur week principieel af van de regeling in het algemene vermogensrecht waar een ieder bevoegd is om goederen te verkopen of anderszins obligatoir daarover te beschikken. Men bindt daar alleen zichzelf door het sluiten van een obligatoire overeenkomst. Eventuele problemen ontstaan in het systeem van het algemene vermogensrecht pas bij beschikkingshandelingen, omdat men daarvoor beschikkingsbevoegd moet zijn ten aanzien van het desbetreffende goed.

Deze regeling had een vreemde consequentie:² een echtgenoot die in

¹ Asser-Moltmaker nr. 266.

² Hier slaat ook de titel van Kleijns oratie (‘Quod licet non domino, non licet condomino’) op. Voor een kritische bespreking van Kleijns opvatting zie onder meer Soons' oratie van 1991, p. 3 e.v. Daar geeft hij ook een kort overzicht van de geschiedenis van ‘bestuur’.

gemeenschap van goederen gehuwd was, kon wel de fiets van de buurman verkopen. Deze bevoegdheid miste hij onder het oude recht ten aanzien van, om bij het voorbeeld te blijven, de fiets uit de goederengemeenschap die onder bestuur stond van de andere echtgenoot, hoewel hij daar wel mede-eigenaar van was. De bestuursverdeling was vergelijkbaar met de tegenwoordig geldende, waarop later zal worden ingegaan.

Een ander aspect waarin het oude huwelijksgoederenrecht afweek van het algemene vermogensrecht was de regeling in art. 1:98 (in de versie van 1970) betreffende de gevolgen van een overschrijding van de bestuursbevoegdheid. Art. 98 (oud) bepaalde dat indien een echtgenoot een bestuurshandeling verrichtte met betrekking tot een gemeenschapsgoed dat onder het bestuur stond van de andere echtgenoot, de rechtshandeling geacht werd met medewerking van de andere echtgenoot tot stand te zijn gekomen. Het gevolg dat niet vernietigde rechtshandelingen inhoudende bestuursoverschrijdingen werden geacht met medewerking van de andere echtgenoot te zijn verricht, was gecreëerd om te voorkomen dat derden van bestuursonbevoegden zouden ‘verkrijgen’ waardoor derdenbeschermingsmaatregelen nodig zouden worden om deze derden de eigendom van het goed te verschaffen. Ten gevolge van de fictie van medewerking aan de obligatoire rechtshandeling, bijvoorbeeld de verkoop van een fiets, kon de koper de bestuursbevoegde echtgenoot ook tot levering aanspreken.³

De bestuursbevoegde echtgenoot had in het algemeen wel het recht om de gewraakte rechtshandeling te vernietigen. Maakte hij daar gebruik van dan was de rechtshandeling in zijn geheel nietig en was de handelende echtgenoot ook niet meer gebonden. Kort gezegd: een alles of niets-systeem, dat alleen in het huwelijksvermogensrecht voorkwam. De bedoeling van deze regeling was dat bij bestuursoverschrijdingen geen gebondenheid van de bevoegde echtgenoot en geen verhaal op de gemeenschap zou overblijven. Dit kon alleen worden bewerkstelligd door ook de obligatoire rechtshandeling aan de vernietiging bloot te stellen. Zou men dat niet doen, dan zou de wederpartij die niet de eigendom van het goed geleverd kreeg alsnog een wanprestatie-actie tegen de echtgenoot-wederpartij kunnen instellen. In de normale situatie dat echtgenoten in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, zou de schuld uit de schadevergoedingsvordering van de derde in de gemeenschap vallen, waardoor de bestuursbevoegde echtgenoot de schuld voor de helft zou moeten dragen, omdat hij voor de helft in de gemeenschap is gerechtigd.

Aangezien de wetgever art. 1:98 (oud) bij nader inzien te ver vond gaan⁴ is men van dit alles of niets-systeem afgestapt en is een meer bij het algemene vermogensrecht aansluitende regel geïntroduceerd.

³ Voor daarmee samenhangende complicaties zie De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 285 e.v.

⁴ MvT I, PG Aanpassing BW, p. 40.

1.2 Geldend recht naar de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW (zesde gedeelte)

1.2.1 Eigendom en bestuur

Nadat van verschillende kanten⁵ bezwaren waren geuit tegen de bestuursregeling en de gevolgen van bestuursoverschrijdingen, zoals deze waren neergelegd in de art. 1:97 en 98 (oud) BW, is besloten om bij de invoering van de boeken 3, 5 en 6 NBW een aanpassing en herziening van enkele regelingen door te voeren.⁶ Het meest ingrijpende punt is een nieuwe definitie van bestuur, neergelegd in art. 90 lid 2:

“Het bestuur van een echtgenoot over een goed omvat de uitoefening, met uitsluiting van de andere echtgenoot, van de daaraan verbonden bevoegdheden, daaronder begrepen de bevoegdheid tot beschikking en de bevoegdheid om ten aanzien van dat goed feitelijke handelingen te verrichten en toe te laten, onverminderd de bevoegdheden tot genot en gebruik die de andere echtgenoot overeenkomstig de huwelijksverhouding toekomen.”

Daarmee is de definitie aangepast aan het algemene vermogensrecht. Terecht is de omschrijving van bestuur in de zesde titel ondergebracht omdat deze voor alle echtgenoten geldt ongeacht het tussen hen geldende huwelijksvermogensregime.

Met de nieuwe regeling is een einde gekomen aan de beperking van de bevoegdheid van echtgenoten om obligatoire overeenkomsten ten aanzien van goederen aan te gaan die onder het bestuur van de andere echtgenoot staan. De bestuursbevoegdheid heeft geen invloed op de mogelijkheid om obligatoire overeenkomsten te sluiten. Men kan zich steeds verplichten om een beschikkingshandeling met betrekking tot een goed te verrichten, ongeacht de eigendoms- of bestuursverhoudingen, net als in het algemene vermogens-

5 Kakebeeke-Van der Put, NJB 1966 p. 234; Kleijn, oratie Leiden 1970; Luijten, WPNR 4913 (1966), p. 311 nt. 24 en p. 312 r.k.; Pitlo, Personenrecht, p. 39 e.v., maar ten aanzien van het stelsel waarvoor uiteindelijk in de Invoeringswet NBW is gekozen, merkt hij op dat dit ook tot vele complicaties leidt. Zo ook Van der Burght in zijn artikel ‘Reparaties op volle zee’. Van Mourik, WPNR 5640 (1983), noot 22 vindt dat “deze constructie nimmer schoonheidsprijzen in de wacht (heeft) gesleept.” Van Mourik, Huwelijk en vermogensrecht, p. 84-88. Verheugd over de verandering is Nuytinck, diss., p. 85 en WPNR 6030 (1992), p. 875, 877. Soons is blijkens zijn beide oraties niet onverdeeld gelukkig met het oude en het nieuwe stelsel. Hij propageert cumulatief bestuur, zie het slot van de oratie Utrecht 1967 en p. 13 van de oratie Leiden 1990. Schoordijk vond het oude stelsel recht doen aan zijn visie van de rechtspersoonlijkheid van de huwelijksgoederengemeenschap, zie WPNR 5117 (1971), p. 76. Als een der echtgenoten de huwelijksgoederengemeenschap onbevoegd vertegenwoordigt, dan mag bij vernietiging op grond van art. 1:98 (oud) ook geen verbintenis meer overblijven die de huwelijksgoederengemeenschap toch nog bindt. Anderzijds was hij niet gelukkig met de gevolgen van art. 98 (oud) als de andere echtgenoot geen gebruik maakt van zijn vernietigingsrecht.

6 PG Aanpassing BW, p. 1, 40, 42 en 51. Door de werking van het Overgangsrecht, art. 3 en 4 van de Overgangswet van 2 april 1991, Stb. 198, blijven de oude regels nog lange tijd doorwerken omdat de overgangsbepalingen de oude art. 87-89 en 97-98 Boek 1 BW van toepassing verklaren op alle rechtshandelingen die voor 1 januari 1992 zijn verricht, zie Wessels, WPNR 6070 (1992). Het hier geschrevene ziet desondanks hoofdzakelijk op het geldende recht omdat integrale behandeling van het oude recht tot een grote toename van de omvang van de stof zou leiden.

recht. De bestuursbevoegde echtgenoot wordt in beginsel dan ook niet gebonden door die rechtshandelingen,⁷ zoals terecht in de MvA⁸ wordt opgemerkt, tenzij er natuurlijk een andere rechtsgrond voor gebondenheid aanwezig is. Dat kan een volmacht zijn, maar ook een geval van zaakwaarneming.⁹ Het is in het huidige recht dus weer mogelijk om de goederen die onder het bestuur van de andere echtgenoot staan, te verkopen, te verhuren of anderszins obligatoire verplichtingen ten aanzien van die goederen aan te gaan, net als dat mogelijk is ten aanzien van goederen van derden in buitenhuwelijkse situaties.¹⁰ In zoverre is een wonderlijk onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden weggeruimd. Dit thans aangehouden principe is niet origineel: J.C. van Oven verdedigde het reeds in 1956.¹¹

1.2.2 Wie is bestuursbevoegd?

Voordat wij in de volgende hoofdstukken toekomen aan de gevolgen voor derden die met een bestuursoverschrijding worden geconfronteerd, zullen wij eerst moeten vaststellen wie van de echtgenoten bevoegd is tot bestuur. In hoofdstuk 3 zal dan de situatie van bestuursoverschrijdingen worden behandeld voor echtgenoten met de wettelijke bestuursverdeling. Overschrijdingen bij echtgenoten met van die bestuursverdeling afwijkende regelingen worden besproken vanaf hoofdstuk 5.

BESTUUR BIJ ECHTGENOTEN DIE BUITEN DE WETTELIJKE GEMEENSCHAP VAN GOEDEREN ZIJN GEHUWD

Eigendom en bestuur lopen in het huwelijksvermogensrecht maar ten dele parallel. Indien echtgenoten in huwelijkse voorwaarden een scheiding van goederen zijn overeengekomen dan is de eigenaar van een goed ook bestuursbevoegd ten aanzien van dat goed, art. 1:90. Men wordt eigenaar overeenkomstig de regels van het algemene vermogensrecht. Dat betekent dat bij overdracht van een goed degene eigenaar is aan wie geleverd wordt. Uitzonderingen daarop, zoals art. 3:110, werken ten aanzien van goederen-niet-opnaam ook in het huwelijksvermogensrecht door.¹² Bij registergoederen preva-

7 Duynstee, Verknochtheid, p. 58.

8 PG Aanpassing BW, p. 45.

9 Aangezien deze vormen niet specifiek verbonden zijn aan de status van echtelieden, vallen zij buiten mijn onderzoeksterrein, dat nu juist verschillen tussen de status van gehuwden en ongehuwden bestrijkt. De volmacht tussen echtgenoten zal nog kort in onderdeel 5.2 aan de orde komen.

10 Zie PG Aanpassing BW, p. 40 voor een uitgebreide opsomming.

11 NJB 1956, p. 32. Dit had hij al eerder bepleit in het Preadvies NJV 1927, p. 10 e.v. Op p. 38 e.v. geeft hij aan, dat in veel huishoudelijke situaties toch een stilzwijgende vertegenwoordiging een rol speelt zodat ook buiten de strikt huishoudelijke schulden waarin de wet een bijzondere aansprakelijkheid creëert, de wederpartij mag uitgaan van de fictie van medewerking van de andere echtgenoot, die tot medegebondenheid van de andere echtgenoot leidt.

12 Zie Asser-Molmaker nr. 438 voor de bijzondere huwelijksvermogensrechtelijke gevolgen van het feit dat de ene echtgenoot eigenaar wordt van een goed dat is betaald met geld van de andere echtgenoot. Voor een nadere behandeling van de zaaksvervangingsperikelen zie verderop in dit onderdeel.

leert ook in het huwelijksvermogensrecht de opnaamstelling.¹³

Kleijn¹⁴ schrijft terecht, dat juist in de dagelijkse praktijk ten aanzien van verbruikbare inboedelgoederen de juridische verkrijging niet altijd parallel loopt met de feitelijke levering. Hij haalt het op het klassieke rollenpatroon gebaseerde voorbeeld aan dat de vrouw bij de aflevering van een bureautje thuis is en het goed in ontvangst neemt. Dit leidt niet automatisch tot haar privé-eigendom van het meubelstuk. Men moet, aldus Kleijn, ook kijken naar andere feiten, die belangrijke indicaties kunnen geven omtrent de bedoeling van de echtgenoten. Als de echtelieden het bureautje samen hadden gekocht en de vrouw neemt het alleen in ontvangst, dan kan het samen-kopen een indicatie zijn voor de bedoeling dat ook de juridische levering aan beiden moet plaatsvinden. Dit past binnen de gedachte van art. 3:110: levering vindt plaats aan degene waarvan het de bedoeling is dat deze eigenaar wordt, ongeacht de feitelijke aflevering; een soort dwingendrechtelijke middellijke vertegenwoordiging. Een andere indicator is de financiering. Hier moeten wij altijd erg voorzichtig mee zijn, omdat dit geen wettelijk criterium is. Maar Kleijn noemt dit element terecht, omdat hieruit onder omstandigheden een voor art. 3:110 relevante wil kan worden afgeleid. Overtuigend vind ik het argument dat bij (vrijwel) exclusieve financiering van met name niet-verbruikbare inboedelgoederen veel eerder aan exclusieve eigendom van de betaler moet worden gedacht, omdat anders vermogensverschuivingen van de echtgenoten onderling plaatsvinden.

Aan de andere kant kan ik mij voorstellen dat echtgenoten ook een dusdanig regime hebben gekozen dat het inkomen van de een opgaat aan de lopende uitgaven, terwijl het inkomen van de andere dient ter financiering van waardevolle en waardeverlopende gebruiksvoorwerpen. In dat geval mag mijns inziens in de regel niet tot exclusieve eigendom van de betalende echtgenoot worden besloten omdat juist het aannemen van exclusieve eigendom van de betaler van waardeverlopende goederen een eenzijdige vermogensaccumulatie tot stand zou brengen. Degene die zijn geld aan lopende uitgaven besteedt, zou immers nooit door een meer blijvende bestemming van zijn gelden een vermogen kunnen opbouwen. De ander kan dat wel. Men kan derhalve met veel meer reden uit de afspraak, dat de een zijn geld zal besteden aan verbruiksgoederen en de ander daarmee een vermogen zal opbouwen, opmaken dat de bestemming van die gelden gemeenschappelijk is. De gelden die zijn aangewend voor de lopende uitgaven hebben immers ook ten voordele van de andere echtgenoot gestrekt die zijn eigen gelden daaraan niet hoefde te besteden.¹⁵ De met die gelden gefinancierde goederen worden dan mede-eigendom van beide echtgenoten in de zin van titel 3.7 afdeling 1. Daaruit volgt dat zij

13 HR 2 april 1976, NJ 1976 450 mnt. WMK (Modehuis Nolly I). Dit werd bevestigd voor rechten op naam door HR 23 september 1994, RvdW 1994 182.

14 WPNR 5924-5926 (1989).

15 Zie Schoordijk, Mede-eigendom, p. 30 e.v., ook voor andere opvattingen.

alleen tezamen over het goed mogen beschikken, art. 3:170.¹⁶

Tot zover over de verkrijging van goederen; thans iets over vervreemding. Gezamenlijk bestuur levert allerlei praktische problemen op mits strikt gehanteerd, maar de gevolgen zullen in de praktijk voor een deel via het overlaten van bestuur worden rechtgetrokken, art. 1:90 lid 3, dat krachtens de plaats in titel 6 van Boek 1 ook voor huwelijken buiten de wettelijke gemeenschap geldt.¹⁷ Ook volmachten kunnen corrigerend werken. Bovendien zal het probleem zich niet al te vaak voordoen. Art. 1:88 vereist immers voor de vervreemding en bezwaring van inboedelgoederen uit de echtelijke woning de toestemming van de andere echtgenoot. Hoewel de rechtsgevolgen verschillen hebben de beide regelingen, de bestuursregeling van art. 3:170 en art. 1:88 BW, gemeen dat een echtgenoot niet zonder de andere kan handelen, waarbij de toestemming van art. 1:88 in een eerder stadium is vereist dan de medewerking bij de beschikking van art. 3:170. De andere echtgenoot moet de toestemming al geven bij bijvoorbeeld de koopovereenkomst betreffende de echtelijke woning, voordat het gezamenlijk beschikken bij de levering aan de orde is.¹⁸

Bij andere goederen die wel mede-eigendom zijn maar niet onder de toestemmingseis van art. 1:88 vallen, is de medewerking bij de beschikkings-handeling door de andere echtgenoot wel vereist, maar kunnen moeilijkheden eventueel door volmachten worden opgelost zodat echtgenoten niet steeds feitelijk samen hoeven op te treden. Bij een dwarsliggende mede-eigenaar zal een derde eventueel via een derdenbeschermingsmaatregel zijn recht kunnen verkrijgen, maar daarvoor is wel vereist dat de verkrijger te goeder trouw is, zie hoofdstuk 3.

BESTUUR BIJ ECHTGENOTEN GEHUWD IN DE WETTELIJKE GEMEENSCHAP VAN GOEDEREN, ART. 1:97

Bij de wettelijke gemeenschap is voor gemeenschapsgoederen afgeweken van de gelijkloop van eigendom en bestuursbevoegdheid. Bij privégoederen gaat de hoofdregel nog op dat de eigenaar ook het bestuur over die goederen heeft maar bij gemeenschapsgoederen zijn de echtgenoten niet gezamenlijk bestuursbevoegd. Hiervoor geldt de hoofdregel, dat die echtgenoot bestuursbevoegd is van wiens zijde het goed in de gemeenschap is gevallen, art. 1:97, het criterium van de formele verkrijging.¹⁹ Bij goederen op naam is in de regel degene bestuursbevoegd op wiens naam het goed staat.

Van de hoofdregel kan worden afgeweken in huwelijksvoorwaarden en de rechter kan het bestuur aan de andere echtgenoot opdragen cf. art. 1:91, zie

¹⁶ Van Mourik, WPNR 5896 (1988), p. 681.

¹⁷ Voor een nadere behandeling zie hieronder en in onderdeel 5.2.

¹⁸ De problematiek rond art. 1:88 zal in hoofdstuk 12 worden besproken.

¹⁹ Luijten, Personen- en familierecht II, p. 57 met een beroep op de onder de Lex Van Oven heersende leer en met verdere verwijzingen.

verder onderdeel 8.3.1 sub d). Naast deze algemene modificatiemethoden kent het huwelijksgoederenrecht voor goederen niet op naam nog andere afwijkingen van de regel dat degene aan wie het goed wordt (af)geleverd, ook het bestuur over het goed in kwestie krijgt. Ten eerste valt art. 1:97 lid 1, 2e zin op: een zaaksvervangingsregel.

EEN BIJZONDERHEID BIJ GOEDEREN NIET OP NAAM: DE ZAAKSVERVANGING EX ART. 1:97 LID 1 BW

Voor goederen niet op naam geeft de tweede zin van art. 97 lid 1 een zaaksvervangingsregel: als een goed wordt geacht in de plaats te treden van een bepaald ander goed, dan komt het nieuwe goed onder het bestuur van de echtgenoot die het vervangen goed bestuurdte.²⁰ Deze regel laat enige ruimte, indien een goed niet duidelijk in de plaats komt van een ander goed. Daarbij valt te denken aan het geval dat iets ten dele is betaald met geld dat onder het bestuur staat van de ene echtgenoot, en deels met geld uit het bestuursareaal van de andere echtgenoot. Als de tegenprestatie daarentegen grotendeels uit goederen onder bestuur van de ene echtgenoot stamt, dan is er reden om, los van de formele verkrijging, aan te nemen dat het nieuwe goed weer onder diens bestuur komt. In de Memorie van Antwoord van de Invoeringswet worden ten aanzien van dit artikel verschillende voorbeelden gegeven waarbij ook naar verdere achtergronden bij de herkomst van gelden moet worden gekeken. Dit kan spelen bij herbelegging van effecten waarbij de verkregen opbrengst tijdelijk op een gemeenschappelijke rekening van de echtgenoten wordt gestort, en bij uitkeringen ter vervanging van een goed zoals verzekeringspenningen bij verlies of beschadiging ervan.²¹ Hoewel dit door de wetgever niet met zoveel woorden wordt gezegd, lijkt dit op een uitwerking van art. 3:110: de echtgenoot die het goed verkrijgt, behoort dit te verkrijgen voor de echtgenoot uit wiens middelen de koop wordt gefinancierd, en daarom wordt deze laatstgenoemde eigenaar van het goed.²² Deze wordt daarmee ook bestuursbevoegd.

De Grooth²³ is erg kritisch over dit criterium ten aanzien van roerende goederen. Tussen echtgenoten is het al nauwelijks hanteerbaar omdat het na verloop van jaren in veel gevallen onmogelijk is om precies vast te stellen hoe de eigendomsverkrijging destijds heeft plaatsgevonden. Als echtgenoten dit al zelf nauwelijks meer weten, hoe moeten derden dan weten wie ten aanzien van een goed bestuursbevoegd is.²⁴ Strikt genomen leidt deze redenering tot cumulatief bestuur, nu men de noodgreep van gezamenlijk bestuur zou moe-

20 Nuytinck, WPNR 6030 (1992), p. 876.

21 PG Aanpassing BW, p. 58.

22 In die zin ook Van Duijvendijk-Brand, diss., p. 51; zo reeds Langemeijer in zijn conclusie voor HR 26 november 1954, NJ 1955 681.

23 RM Themis 1957, p. 212 e.v.

24 Van Oven noemde deze dan ook 'twijfelachtige goederen'; Van Ewijk-Polak, p. 40, zie ook het bewijsrechtelijke vangnet van art. 1:131.

ten toepassen indien men niet weet wie bevoegd is. Mijns inziens is dit af te leiden uit art. 1:131 BW, dat aangeeft dat bij bewijsnood en onduidelijkheid ten aanzien van de eigendom van goederen der echtgenoten moet worden aangenomen dat de desbetreffende roerende zaak of vordering aan toonder valt in een huwelijksgemeenschap, zo die dit goed kan omvatten. Anders wordt gewone mede-eigendom aangenomen.²⁵

Schoordijk²⁶ wijst nog op een andere voetangel in de wettelijke regeling van de zaaksvervangings: is het nodig dat een vervangingshandeling altijd door een bevoegde moet worden verricht? Hij wijst op de analogie met art. 3:213, welk artikel voor de zaaksvervangings bij vruchtgebruik eist dat de beschikkingshandeling bevoegdelijk is verricht. De ratio erachter is dat de hoofdgerechtigde niet zonder zijn wil met goederen wordt opgescheept doordat de vruchtgebruiker bepaalde goederen die onder het vruchtgebruik vielen, heeft vervangen door nieuwe. Het rechtsgevolg daar is, dat de vruchtgebruiker bij onbevoegde vervreemding eigenaar is van de tegenprestatie en dat de hoofdgerechtigde een schadevergoedingsvordering op de vruchtgebruiker heeft.²⁷ Schoordijk laat de vraag open of deze beperking voor art. 1:97 ook moet worden aangenomen. Ik denk dat dit niet zo is. Zou men de regel overnemen dan zou het mogelijk zijn dat de onbevoegde echtgenoot alle waardevolle goederen aan het bestuur van de ander onttrekt, en dat deze hoogstens onder zijn bestuur staande vorderingen jegens de andere echtgenoot overhoudt. Het is nog maar de vraag welke rechtsgrond deze vorderingen zouden moeten hebben. Als men het in de onrechtmatige daad-sfeer zoekt, stuit men al gauw op de opvatting dat tussen echtgenoten geen onrechtmatige daad wegens wanbeheer van gemeenschapsgoederen mogelijk is, omdat dit in strijd zou zijn met de aard van het huwelijk.²⁸ Ook als men in dit geval een andere rechtsgrond aanneemt, zoals ongerechtvaardigde verrijking, dan rijzen allerlei problemen, met name de limieten van de schadevergoeding, zie art. 6:212. Hoe dan ook lijkt mij dit geen goede oplossing. In de wet is de beperking bij art. 1:97 niet gesteld, en ik ben derhalve van mening dat men niet, zoals bij de zaaksvervangingsregel bij vruchtgebruik, de eis mag stellen dat bevoegdelijk is gehandeld, wil men toe komen aan zaaksvervangings.²⁹ In een huwelijk in de gemeenschap van goederen is het argument van de gedwongen besteding (anders dan bij vruchtgebruik) niet relevant omdat de niet-handelende echtgenoot, mits de transactie onaantastbaar is, toch al mede-

²⁵ Zie hierover ook hoofdstuk 19.

²⁶ RM Themis 1983, p. 265-266.

²⁷ In de toelichting wordt als uitzondering genoemd dat de hoofdgerechtigde de rechtshandeling alsnog bekrachtigt, zodat hij ex art. 3:58 alsnog mede-eigenaar wordt. Zie MvA II, PG Boek 3, p. 662; Vermogensrecht losbl. (Mellema-Kranenburg), aant. 2 bij art. 213. Bekrachtiging op grond van art. 3:58 is altijd een optie bij onbevoegd verrichte rechtshandelingen, zodat ik haar in het vervolg niet altijd apart vermeld.

²⁸ Klaassen-Eggens-Luijten, p. 69; Asser-Moltmaker nr. 347 met verdere verwijzingen.

²⁹ Zo ook Luijten, Personen- en familierecht II, p. 58, die daar niet erg blij mee is.

eigenaar van het nieuwe goed is geworden. Laat hem daar dan wel het bestuur over hebben.

Als men deze gedachten au fond doordenkt dan is het bijna een wonder dat het rechtsverkeer in Nederland nog functioneert. Het merendeel van de volwassenen is immers gehuwd en men weet nooit of men bij beschikkingshandelingen met de 'goede' echtgenoot te maken heeft. In de praktijk worden de zwakke punten van het systeem opgevangen door de werking van art. 1:92 en de reeds genoemde middelen van overlaten van bestuur en (stilzwijgende) volmachten.

BESTUUR VAN GEMEENSCHAPSSCHULDEN

Echtgenoten kunnen schulden aangaan die op de gemeenschap verhaalbaar zijn, zonder dat de andere echtgenoot daar in beginsel iets tegen kan ondernemen, uitzonderingen zoals art. 1:88 daargelaten. Als een echtgenoot alleen een schuld heeft aangegaan, geldt voor deze schuld dan ook dat zij onder diens 'bestuur' valt? Zij maakt in ieder geval onderdeel uit van de gemeenschap, art. 1:94 lid 2. Wie is bevoegd tot voldoening van de schuld, het voeren van een rechtszaak over het bestaan van de schuld of de hoogte ervan, of het terzake sluiten van een vaststellingsovereenkomst? Dit zal worden aangeduid met de term 'bestuur van een schuld'.

Voor echtgenoten gelden op dit vlak geen andere regels dan voor ongehuwden. De hoofdregel dat aan de schuldenaar de reeds genoemde bevoegdheden toekomen, laat mijns inziens slechts het oordeel toe dat de echtgenoot-schuldenaar het bestuur over de schuld heeft. In de praktijk zien wij hiervan vaak niets terug, zoals Santen opmerkt.³⁰ Bovendien zal het nogal eens voorkomen dat een echtgenoot de financiën beheert en ook de schulden van de andere echtgenoot voldoet. Strikt genomen wordt zij dan voldaan door een niet-schuldenaar in de zin van art. 6:30, maar ik kan mij maar moeilijk voorstellen dat een schuldeiser er iets tegen kan hebben dat een schuld door de andere echtgenoot wordt voldaan, indien het de betaling van een geldvordering betreft. Meer persoonlijke verplichtingen uit bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst moeten natuurlijk door de echtgenoot-debiteur worden nagekomen. Het feit dat de gang van zaken in vele huwelijken anders is dan de theorie noodzaakt mij niet om de opvatting van Santen en andere te volgen, die voorstellen beide echtgenoten het bestuur te geven over schulden die beiden in hun belang treffen.

30 WPNR 5952 (1989).

HOOFDSTUK 2

Het Duitse huwelijksvermogensrecht: het wettelijk stelsel

Dit hoofdstuk zal het Duitse wettelijke huwelijksgoederenstelsel kort beschrijven. Daarbij zal worden ingegaan op de vraag wie van de echtgenoten bevoegd is om over de goederen te beschikken, met andere woorden, wie de Verwaltung heeft over de goederen die aan de echtgenoten toebehoren.

HET WETTELIJK STELSEL: DE ZUGEWINNGEMEINSCHAFT, § 1363 BGB

In het Duitse huwelijksvermogensrecht heeft men voor de Zugewinngemeinschaft als wettelijk stelsel gekozen.¹ Dit geldt in ieder geval voor het oude gebied van de Bondsrepubliek Duitsland vóór de hereniging met de DDR op 3 oktober 1990. In de DDR gold tot die dag als wettelijk stelsel de Eigentums- und Vermögensgemeinschaft. De echtparen wier huwelijk op de dag van de hereniging bestond en die daarna het huwelijk of het wettelijke huwelijksvermogensregime beëindigden, konden zelf besluiten of zij vanaf 3 oktober 1990 onder de Zugewinngemeinschaft wilden leven of niet. In het eerste geval hoefden zij niets te ondernemen. Hun huwelijksvermogensregime veranderde van rechtswege in dat van de Zugewinngemeinschaft. In beginsel moest dan een scheiding in gelijke delen van de 'Eigentums- und Vermögensgemeinschaft' plaatsvinden analoog § 39 FGB.² Als partijen dit niet wensten konden zij dit binnen twee jaren te kennen geven (waarbij de verklaring van een echtgenoot voldoende was om ook de andere te binden), waardoor voor hen de Eigentums- und Vermögensgemeinschaft naar het recht van de DDR bleef voortbestaan, art. 234 § 4 lid 2 EGBGB.³

Omdat het heersende stelsel de Zugewinngemeinschaft is, die van rechtswege voor velen geldt als wettelijk stelsel, zal ik in het vervolg alleen de bepalingen behandelen die vroeger in de oude Bondsrepubliek en nu in de gehele

1 Henrich, Familienrecht, p. 91-92, Staudinger-Thiele Vorbem 10 e.v. zu § 1408 ff. en Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 106-110 geven een overzicht van de geschiedenis van het wettelijk stelsel.

2 Hensen, JBN december 1990, nr. 6.

3 Palandt/Diederichsen, Randnr. 14 bij art. 234 § 4 EGBGB; MünchKomm (Gernhuber), Randnr. 452 e.v. bij de Einigungsvertrag met het overgangsrecht voor het huwelijksvermogensrecht; Dörr, Hansen, NJW 1994, p. 2801. Sagel-Grande behandelt deze kwesties in WPNR 5957 (1991), waarbij ook de nieuwe tekst van de relevante artikelen van het FGB van de DDR is opgenomen, die door de wet van 20 juli 1990 enigszins is bijgesteld. Volgens Peters, FamRZ 1993, p. 877 e.v., is slechts sporadisch van de mogelijkheid gebruik gemaakt om voortgezette gelding van het DDR-stelsel te verkrijgen. Dit had als basis dat alle goederen die echtgenoten verkregen na de huwelijksluiting, in een gemeenschap van goederen vallen. Dit onderwerp laat ik verder buiten beschouwing.

Bondsrepubliek gelden. Voor het DDR-recht verwijs ik naar de handboeken over het familierecht.

De Zugewinnngemeinschaft⁴ houdt in dat er een scheiding van goederen tussen de echtgenoten bestaat (ook al suggereert de naam iets anders) waarbij de tijdens het huwelijk gerealiseerde toevoegingen aan beide vermogens aan het einde van het huwelijk worden verrekend in die zin dat de echtgenoot wiens vermogen minder is toegenomen dan dat van de andere, een vordering ten belope van de helft van de waarde van de extra toename van het vermogen van de andere echtgenoot verkrijgt, § 1378 BGB.

2.1 Verwaltung over de eigen goederen; zaaksvervangning

Tijdens het huwelijk geldt een scheiding van goederen waarbij in principe elk der echtgenoten het bestuur (Verwaltung) over zijn eigen goederen heeft, § 1364.⁵ In de loop van een huwelijk zullen geregeld bepaalde huishoudelijke goederen worden vervangen door andere, omdat zij simpelweg kapot gaan of niet meer voldoen aan de moderne verwachtingen. § 1370 bepaalt dat indien echtgenoten die in Zugewinnngemeinschaft zijn gehuwd huishoudelijke goederen vervangen, deze goederen weer eigendom worden van de echtgenoot die eigenaar was van het oorspronkelijke goed. Het doet hierbij niet terzake wie voor het vervangende goed heeft betaald en aan wie het is geleverd.⁶ Dit zal slechts anders zijn als echtgenoten een andere verkrijging waren overeengekomen. Voor een concreet geval kunnen de echtgenoten vóór de vervanging afspreken dat § 1370 buiten spel wordt gezet. Als zij dit in het algemeen willen regelen dan moet dit geschieden in een Ehevertrag (huwelijkse voorwaarden).⁷ Later kunnen zij er natuurlijk altijd nog voor zorgen dat het goed van eigenaar verandert, maar dan moet dat gebeuren via de normale overdrachtsregels.⁸ De echtgenoot die de Verwaltung had over het oude goed, krijgt ook weer de Verwaltung over het surrogaat. Als de vervanging plaatsvindt omdat door een onrechtmatige daad van een derde het goed is beschadigd of tenietgegaan en de andere echtgenoot het vervangende goed uit zijn eigen middelen heeft aangeschaft, dan moet de echtgenoot-eigenaar de vordering tegen de derde aan de betalende echtgenoot cederen.⁹

Deze 'Gegenstandssurrogation' vindt alleen plaats als een duidelijk ver-

4 Ik ga hier uit van de wettelijke regeling, waarbij ik mogelijke modificaties buiten beschouwing laat. Voor de bespreking van de goederenrechtelijke gevolgen in het algemeen zijn deze niet zo interessant, zie voor een inleiding onderdeel 2.2, en voor verschillende alternatieven Staudinger-Thiele Vorbem 22 e.v. zu § 1408 ff.

5 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 121; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 500.

6 Baur/Stürmer, Sachenrecht, p. 505 met verwijzingen naar enkele uitspraken van Oberlandesgerichte.

7 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 112.

8 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 503; Staudinger-Thiele § 1370 Rz 30 met verdere verwijzingen naar rechtspraak hierover.

9 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 502, noot 1.

vangingselement in de aanschaf ligt besloten. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn als een goed verouderd is en met bijbetaling wordt ingeruild voor een moderner exemplaar. Dit is in 1993 aangenomen door het OLG Koblenz ten aanzien van een caravan met vaste standplaats waar het gezin zijn vrije tijd doorbracht.¹⁰ De rechter nam aan dat de vrouw van rechtswege weer samen met haar echtgenoot mede-eigenaar werd van de nieuwe caravan, nu bij de verkrijging niets anders was overeen gekomen. Zij waren al mede-eigenaar geweest van de oude caravan. Dat het kenteken op naam van de man werd gesteld doet hier niet terzake, aldus het OLG.

Natuurlijk zullen apparaten worden aangeschaft met dezelfde functie als de oude maar deze hebben, veroorzaakt door de voortgang der techniek, vaak veel meer mogelijkheden. Wat dan nog wel en wat niet meer als vervanging geldt, vindt zijn neerslag in de casuïstiek.¹¹ Moeilijker liggen de zaken wanneer de aankoop niet een vervanging betreft maar een nieuw product, bijvoorbeeld de eerste caravan in een gezin. Hier neemt men aan dat de wil van de echtgenoten beslissend is voor de verkrijging. Doorslaggevend is derhalve: wie vinden zij dat eigenaar moet worden, en niet: aan wie wordt de zaak feitelijk geleverd. Dit wordt genoemd: *Lieferung an den es angeht*. De constructie lijkt op het Nederlandse art. 3:110 BW, de directe verkrijging voor een ander door een soort wettelijke middellijke vertegenwoordiging. Het is dus niet relevant dat de man de caravan in ontvangst neemt en naar huis rijdt, om het voorbeeld van zoëven nog wat verder uit te werken. Gernhuber¹² construeert in gevallen waar een echtgenoot in eigen naam maar voor beider rekening een goed verwerft, een soort stilzwijgende *Auftrag*, lastgeving. In dat geval verkrijgt de echtgenoot op grond van die last de mede-eigendom voor beiden, § 667. Hij is op grond van die bepaling gehouden om aan de ander datgene af te dragen, waartoe de opdracht hem verplicht. Vast staat dat de handelende echtgenoot op grond van die rechtsverhouding niet direct de mede-eigendom aan de andere echtgenoot kan verschaffen. Daarvoor is een aparte overdracht van het mede-eigendomsrecht aan de andere echtgenoot vereist. In de praktijk kan het zijn dat dit doorleveren¹³ direct na de verkrijging geschiedt door een levering c.p. op grond van § 930.

Baur verdedigt dat in geval van twijfel beide echtgenoten eigenaar worden. Het betreft dan 'Miteigentum nach Bruchteilen'. Baur wijst, mijns inziens terecht, de oplossing van het OLG München¹⁴ af dat uitging van Gesamt-

10 OLG Koblenz 16 november 1993, MDR 1994, p. 589 met verdere verwijzingen.

11 Staudinger-Thiele § 1370 Rz 5 e.v.; BGB-RGRK-Finke Anm. 3 e.v. bij § 1370.

12 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 500-501.

13 Palandt/Thomas, Randnr. 1 en 5 bij § 667.

14 OLG München 25 augustus 1971, NJW 1972, p. 542. De reden voor deze opvatting ligt volgens dit rechterlijke college in de aard van het huwelijk als een hechte (leef)gemeenschap. Daardoor veronderstelt men dat bij verkrijging van huishoudelijke goederen (*Haushaltsgegenstände*) de handelende echtgenoot mede voor de andere echtgenoot wil verkrijgen tenzij hij uitdrukkelijk aangeeft uitsluitend voor zichzelf te willen verkrijgen.

handseigendom. Op deze wijze zou via een achterdeurtje alsnog de gebonden mede-eigendom de Zugewinnngemeinschaft binnensluipen.¹⁵ Dit past ook bij de hoofdregel dat echtgenoten in Zugewinnngemeinschaft, die een goed samen verkrijgen, gewone mede-eigendom verkrijgen.¹⁶

Braga heeft een heel andere opvatting van de Zugewinnngemeinschaft.¹⁷ Hij heeft verdedigd dat de echtgenoten in wezen in een gemeenschap van goederen leven maar om praktische redenen zou de wetgever bij het scheppen van het nieuwe wettelijk huwelijksgoederenregime in 1958 niet voor een versmelting van de vermogens van de echtgenoten hebben gekozen. Vanuit het wezen van het systeem zouden echtgenoten rekening moeten houden met de belangen van de andere echtgenoot als zij over hun eigen goederen beschikken. Braga ziet dit als een soort trustverhouding. Daarom is de echtgenoot bij sommige rechtshandelingen ook formeel verplicht om zich iets van de mening van zijn partner aan te trekken, zoals bijvoorbeeld bij de beschikking over inboedelgoederen, zie hiervoor hoofdstuk 13 waar een uitgebreide behandeling van deze beperkingen volgt. Dit is niet de heersende leer en ik zal haar daarom in het vervolg buiten beschouwing laten.

2.2 Gemodificeerde Zugewinnngemeinschaft

Door de vrijheid in het huwelijksvermogensrecht staat het echtgenoten niet alleen vrij om te kiezen voor een van de andere wettelijk geregelde keuzestelsels, die hierna de revue zullen passeren. Wel worden zij beperkt door de gedachte dat zij niet zover van een bepaald stelsel mogen afwijken dat de ratio die achter het betreffende stelsel staat, geweld wordt aangedaan.¹⁸ Men noemt dit Typenzwang. De vraag rijst in hoeverre een afwijking in huwelijksvoorwaarden een regime dusdanig aantast dat zij daarom niet geldig wordt geacht. Deze vraag werd in 1995 aan het OLG Schleswig voorgelegd.¹⁹ Partijen hadden huwelijksvoorwaarden gemaakt met de strekking dat tijdens het huwelijk scheiding van goederen (Gütertrennung, zie hoofdstuk 7) zou gelden maar dat na afloop van het huwelijk, zij het door dood of echtscheiding, de vermogensrechtelijke gevolgen inclusief de erfrechtelijke consequenties zouden moeten gelden van de Zugewinnngemeinschaft. Alleen als de man een Zugewinnvordering zou krijgen op de vrouw, dan zou deze vordering niet ontstaan. Er ontstaan problemen bij de inschrijving in het Güterrechtsregister en de echtgenoten leggen deze bepalingen voor aan het gerecht dat de inschrijfbaarheid in het huwelijksgoederenregister (zie hierover meer in hoofd-

¹⁵ Baur/Stürner, Sachenrecht, p. 505 noot 3.

¹⁶ Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 121.

¹⁷ FamRZ 1967, p. 658.

¹⁸ Zie Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 476 e.v.; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 111-112; Schwab, DNotZ 1977, Sonderheft, p. 52.

¹⁹ OLG Schleswig 10 april 1995, FamRZ 1995, p. 1586; NJW-RR 1996, p. 134; MDR 1995, p. 718.

stuk 6) beoordeelt. In lagere instantie werd de inschrijving afgewezen; het OLG was van oordeel dat de afrekening van de Zugewinn een dusdanig integraal onderdeel uitmaakt van de Zugewinnngemeinschaft dat het gekozen stelsel terecht niet als Gütertrennung in het register werd vermeld. De uitsluiting van de gemeenschap van goederen, het afschaffen van bepaalde aan de Zugewinnngemeinschaft gekoppelde toestemmingsvereisten (zie hoofdstuk 13) en de modificatie van de aanspraak op Zugewinn zijn in het Duitse recht immers ook binnen de Zugewinnngemeinschaft mogelijk.²⁰ Daarom is er geen ruimte om het gekozen stelsel het etiket 'Gütertrennung' mee te geven.

ZIJN BEVOEGDHEIDSBEPERKINGEN VAN DE ZUGEWINNNGEMEINSCHAFT TOEPASSELIIK?

Als echtgenoten bepaalde elementen van de Zugewinnngemeinschaft hebben opgeheven maar het stelsel op zich hebben aangehouden, dan blijven de bevoegdheidsbeperkingen van de §§ 1365 en 1369 (zie onderdeel 13.1) van toepassing. Deze zijn onlosmakelijk verbonden aan het wettelijk stelsel, ook al is het op bepaalde onderdelen gemodificeerd. Het zijn geen door de echtgenoten zelf gecreëerde bevoegdheidsbeperkingen en zij vallen niet onder het verbod van § 137.²¹

In het vervolg laat ik de varianten op de Zugewinnngemeinschaft onbesproken omdat deze in het algemeen betrekking hebben op factoren die voor dit onderzoek niet van belang zijn. Het betreft bijvoorbeeld (gedeeltelijke) uitsluiting van de Versorgungsausgleich en modificaties van de wettelijke regeling van de Zugewinnausgleich.

20 Zie voor een soortgelijk probleem OLG Schleswig 10 april 1995, NJW-RR 1996, p. 134. Vergelijk Henrich, Familienrecht, p. 130 e.v.; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 478 e.v.; Langenfeld, DNotZ 1985, Sonderheft, p. 170, en FamRZ 1987, p. 10 e.v., die een aantal toegestane varianten bespreekt. Mogelijk is bijvoorbeeld dat de echtgenoten de Zugewinnausgleich beperken tot gevallen dat hun huwelijk niet met een echtscheiding eindigt, of dat zij de Zugewinnausgleich uitsluiten indien het huwelijk korter dan een bepaalde periode duurt. Zie ook onderdeel 9.1.

21 Staudinger-Thiele Vorbem. 22 zu § 1408 ff. Langenfeld, Handbuch, Randnr. 340, geeft aan dat vaak de bevoegdheidsbeperking wordt wegbedongen vanwege de problemen die de toepassing ervan in de praktijk oplevert.

Bestuursoverschrijdingen en de positie van derden

HOOFDSTUK 3

Nederlands intern recht: Bestuursoverschrijdingen door vervreemding en ter beschikkingstelling van goederen en de positie van derden

In de vorige hoofdstukken is besproken wie van de echtgenoten volgens het wettelijk huwelijksvermogensregime bestuursbevoegd is. In dit hoofdstuk komt aan de orde wat de gevolgen voor derden zijn indien een echtgenoot zich niet aan deze bevoegdheidsverdeling houdt en inbreuk maakt op de bevoegdheid van zijn partner. In hoofdstuk 4 wordt dit voor het Duitse recht onderzocht. In de daarop volgende hoofdstukken komt deze vraag terug bij modificaties van het regime waarbij voor het Nederlandse recht de situatie van de scheiding van goederen sec wordt bekeken, en voor het Duitse recht de Gütergemeinschaft en de Gütertrennung.

In het algemene deel van het vermogensrecht in boek 3 NBW maken derdenbeschermingsbepalingen die de (gehele of gedeeltelijke) beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder van een goed moeten helen, vaak een onderscheid tussen verschillende soorten goederen. In het vervolg zal ik deze soorten goederen aanduiden met *3:86-goederen* (roerende zaken, niet-registergoederen alsmede rechten aan toonder en order) en *3:88-goederen* (registergoederen, rechten op naam en andere goederen, die niet onder art. 3:86 vallen), omdat dit de belangrijkste derdenbeschermingsregels zijn die zijn beperkt tot bepaalde soorten goederen.

Niet alle beschermingsbepalingen maken het onderscheid tussen 3:86- en 3:88-goederen; art. 3:36 bijvoorbeeld dat een derde te goeder trouw beschermt tegen een schijn van een rechtstoestand, geldt in beginsel voor alle soorten goederen. De bescherming die een aantal artikelen van afdeling 3.1.2 biedt, is verbonden aan een inschrijving in het openbaar register en is uit haar aard beperkt tot registergoederen. Deze afdeling kent daardoor een zekere overlap met de bescherming die art. 3:88 biedt.

3.1 3:86-goederen (roerende zaken, niet-registergoederen, vorderingen aan toonder en order) en het vermoeden van art. 1:92 BW

Blijkens het voorgaande maakt het recht onderscheid naar de soorten goederen waarvoor bepaalde beschermingsregels gelden. Art. 3:86 geeft voor

derden aan dat zij, die verkrijgen van een beschikkingsonbevoegde, desondanks eigenaar van het goed kunnen worden indien o.a. is voldaan aan de vereisten van goede trouw, verkrijging van het bezit van de zaak en verkrijging niet om niet.¹ Daar doorheen werkt art. 1:92 BW dat zegt:

“Is aan een derde niet kenbaar wie van de echtgenoten bevoegd is tot het bestuur over een roerende zaak die geen registergoed is, of een recht aan toonder, dan mag hij de echtgenoot die de zaak of het papier aan toonder onder zich heeft, bevoegd achten.”

Voordat wij aan de nadere bespreking van de concrete eisen van de genoemde artikelen kunnen toekomen, moeten wij ons eerst afvragen of art. 1:92 lid 1 op dezelfde categorie van goederen betrekking heeft als art. 3:86. Is dat niet het geval dan zou voor die goederen, waarop alleen art. 3:86 toepasselijk is, wel de gewone onderzoeksplicht van art. 3:11 toepasselijk zijn.² Op het eerste gezicht lijkt de regel van art. 1:92 voor dezelfde goederen te gelden als art. 3:86. Bij nader onderzoek blijkt dat de rechten aan order zijn uitgesloten. Dit is een opmerkelijk verschil met de bepalingen in Boek 3 BW; dit temeer omdat naar ‘oud’ recht overwegend werd aangenomen dat art. 1:92 werkte bij alle art. 2014-goederen. A. van Oven³ werkte overtuigend uit waarom een analoge behandeling van toonder- en ordervorderingen in het kader van 2014 BW (oud) gerechtvaardigd is:⁴ indien men een ordervordering heeft verkregen met een aaneensluitende reeks van endossementen, vereist de bescherming van het rechtsverkeer dat de derde-verkrijger erop kan vertrouwen dat de houder van het papier op wiens naam het laatste endossement is gesteld, ook de rechthebbende op de vordering is. De derde is natuurlijk niet te goeder trouw wanneer de reeks van endossementen niet sluitend is. Enkel dat feit moet hem doen vermoeden dat iets niet juist is verlopen bij de eerdere overdracht.

Het verschil tussen de bepalingen in Boek 1 en Boek 3 is ontstaan toen het oorspronkelijke ontwerp voor art. 3.4.2.3 in het Regeringsontwerp werd aangevuld met de ordervorderingen. Het is mij onduidelijk waarom deze aanvulling in art. 1:92 achterwege is gebleven. Het argument van de analogie en de daaruit voortvloeiende eis van gelijke behandeling gelden daar evenzeer. Zou de afwijking het gevolg zijn van een vergissing om bij de uitbreiding van art. 3:86 ook 1:92 aan te passen?⁵ Omdat ik geen reden zie om een onderscheid te maken tussen de twee soorten goederen, zal ik in het vervolg alle 3:86-goederen ook onder art. 1:92 begrijpen en vice versa. Dit geldt temeer

1 De overige bijzonderheden van dit artikel, bijvoorbeeld de regeling inzake gestolen goederen, blijven hier buiten beschouwing omdat zij niets met het huwelijksgoederenrecht te maken hebben. Hiervoor verwijs ik naar de handboeken over het goederenrecht.

2 PG Inv. 3, 5 en 6, Boek 3, p. 1029 (Advies RvS). Zie ook Pitlo/Reehuis-Heisterkamp, Goederenrecht, p. 99 met verdere verwijzingen.

3 Handelsrecht, p. 212-213 en 220.

4 Evenzo met diverse andere vindplaatsen Hoofdstukken handelsrecht (Van Delden), eerste druk, kantlijnrr. 845; (Zwitser), derde druk, kantlijnrrs. 470-471.

5 Nuytinck spreekt in zijn dissertatie, blz. 193, ook over ‘goederen in de zin van art 3.4.2.3a N.B.W. en Ontwerp Invoeringswet’ als hij het over de bescherming door art 1:92 heeft.

omdat art. 3:88 uitdrukkelijk niet voor toonder- en ordervorderingen geldt.⁶ Ik ben mij bewust dat ik daarmee afwijk van gezaghebbende schrijvers, zoals Moltmaker,⁷ maar ik meen daar voldoende redenen voor aan te kunnen voeren.

Welke gevolgen heeft het bovenstaande voor de werking van art. 1:92 bij toonder- en ordervorderingen? Bij vorderingen aan toonder geldt de werking van art. 3:86 j° 1:92, waarbij lid 3 van art. 3:86 als bijzonderheid geeft dat de terugvordering van een toonderpapier bij diefstal niet mogelijk is, anders dan bij roerende goederen. Art. 1:92 zie ik hier als een uitwerking van het algemene principe, dat wie toelaat dat een ander een toonderpapier kan verduisteren, later jegens een derde te goeder trouw geen beroep meer kan doen op zijn oude rechten met betrekking tot dat goed.⁸ Van Veen⁹ brengt deze regel in verband met de vraag, in hoeverre een derde bij toondervorderingen een onderzoeksplicht heeft. Wanneer is het niet kenbaar, wie van beide echtgenoten bestuursbevoegd is ten aanzien van een toondervordering? Ik denk dat onderzoek in het huwelijksgoederenregister hier weinig relevante informatie zou opleveren. Slechts indien echtgenoten alleen tezamen bevoegd zijn tot bestuur over de toondervordering, bijvoorbeeld op grond van een bestuurs-overeenkomst, zie onderdeel 5.1, zou raadpleging van het huwelijksgoederenregister een duidelijke aanwijzing voor bestuursonbevoegdheid voor een echtgenoot alleen opleveren. Indien partijen zijn afgeweken van de tussen hen geldende bestuursverdeling dan zal in de meeste gevallen de feitelijke heerschappij van een der echtgenoten meer gewicht in de schaal leggen. Dat is nu juist het wezen van een toondervordering.

Bij vorderingen aan order is de positie van de derde niet afhankelijk van de burgerlijke staat van de vervreemder zolang het een orderpapier betreft met een endossement op naam. Gaat het om een aaneensluitende reeks van endossementen dan is de vervreemder bevoegd. Blijkt later een van de endossementen vals te zijn dan treedt er toch bescherming op, maar deze is in dit geval gebaseerd op de algemene eisen van het handelsverkeer¹⁰ en heeft niets te maken met het huwelijksvermogensrecht.

Indien het laatste endossement blanco is¹¹ dan kan het voorkomen dat de schijn van bevoegdheid uit het feitelijke houderschap van de ene echtgenoot kan worden afgeleid terwijl de ander in werkelijkheid bevoegd was. Omdat dan de extra veiligheid vervalst die door de reeks van endossementen op naam is gegeven, is de positie van de betrokkenen dezelfde als bij een toonder-

6 Lijjten, Derdenbescherming in het NBW en de betekenis van het handelsregister, p. 68.

7 Asser-Moltmaker nr. 284.

8 Hoofdstukken handelsrecht (Van Delden), tweede druk, kantlijn nr. 854 sub 11.

9 WPNR 5985 (1990).

10 Van Oven, Handelsrecht, p. 213; Hoofdstukken handelsrecht (Zwitser), kantlijn nr. 496.

11 Hoofdstukken handelsrecht (Zwitser), kantlijn nr. 443.

papier voorzover wij spreken over de derdenbeschermingsaspecten.¹²

Een vals endossement zal nauwelijks voorkomen. In onze context zou dit inhouden dat het laatste echte endossement op naam van de andere echtgenoot is gesteld. Indien nu de onbevoegde echtgenoot een vals endossement aan de achterzijde van het papier wil zetten, dan zal hij eerst moeten verklaren, waarom hij na de naam van de andere echtgenoot zijn handtekening zet. Met andere woorden: de derde zal niet te goeder trouw zijn.

Van Delden¹³ schrijft daarom terecht dat in zo'n geval de frauderende bezitter van het orderpapier steeds een endossement aan zichzelf zal tussenschakelen, en dan een echt endossement zal toevoegen. Daarmee bevinden wij ons weer in de reeds eerder genoemde situatie van een vals endossement, niet zijnde het laatste in de reeks.

3.1.1 Bijzonderheden bij de toepassing van art. 3:86 bij gehuwden

Nu zullen enkele vereisten worden besproken voor de toepassing van art. 3:86 waar bij de toepassing bij een gehuwde vervreemder een bijzonderheid kan optreden.

a. de eis van goede trouw en de invloed van art. 1:92

Goede trouw bij de derde reguleert ook in transacties met echtgenoten, wanneer de derde-verkrijger voor bescherming in aanmerking kan komen. Nieskens-Isphording¹⁴ vat goede trouw op als een geestestoestand die in de maatschappelijke context wenselijk is, wil men aan bescherming van de derde toekomen. Dat kan betekenen dat - al naar gelang de omstandigheden - een lichtere of zwaardere onderzoeksplicht voor een derde kan worden aangenomen. In het huwelijksvermogensrecht verzacht art. 1:92 de onderzoeksplicht van art. 3:11 voor bepaalde bestuursoverschrijdingen.¹⁵ Bij toepassing van art. 1:92 lid 1 moet men zich wel afvragen wanneer het kenbaar is dat een goed onder het bestuur van de andere echtgenoot staat. Moltmaker¹⁶ omschrijft dit als volgt:

“ ‘Niet-kenbaar’ betekent in dit verband dan ook: niet zonder meer (zonder onderzoek) duidelijk.’ ”

Deels is dit af te leiden uit de feitelijke gegevens. Talloze voorbeelden kunnen hiervoor worden aangevoerd, maar ik noem hier slechts één: een vrouw wil een boek vervreemden. Als het een boek is dat qua karakter en uiterlijk

12 Het is natuurlijk mogelijk dat de houder alsnog zijn naam invult en het orderpapier weer aan een specifieke persoon endosseert. Door het invullen van de naam wordt het weer een orderpapier. Zie hoofdstukken handelsrecht (Zwitser), kantlijn nr. 443.

13 Hoofdstukken handelsrecht (Van Delden), tweede druk, kantlijn nr. 854 bij de bespreking van geval 9 betreffende een laatste endossement dat vals is.

14 WPNR 5698 (1984).

15 Geelhand, diss., Boek 1, deel I, nr. 171; Boek 2, nr. 74 e.v.

16 Asser-Moltmaker nr. 284.

zowel aan haar als aan haar echtgenoot zou kunnen toebehoren dan zou een derde haar als feitelijk de macht uitoefenende echtgenoot voor bevoegd mogen houden. Staat daarentegen een opdracht aan haar man in het boek of past het qua onderwerp duidelijk niet bij de vrouw, betreft het bijvoorbeeld duidelijk het vakterrein van de man waarvan de derde weet dat dit niet de interesse heeft van de vrouw, dan mag de derde haar niet zonder verder onderzoek bevoegd achten.

Hidma¹⁷ maakt een onderscheid naar de omvang van de transactie: bij grotere bedragen moet diepgaander onderzoek plaatsvinden. Dit past in de trend dat ook op andere gebieden de onderzoeksplicht kan afhangen van het nadeel dat de andere partij lijdt.¹⁸

De Grooth¹⁹ legt deze eis op eigen wijze uit. Als men weet dat er onzekerheid is ten aanzien van de bestuursbevoegdheid dan zou er al geen plaats meer zijn voor de goede trouw in de zin van art. 1:92. Slechts wanneer de derde dacht dat hij met de bestuursbevoegde echtgenoot te maken had, dan zou hij voldoen aan de goede trouw uit genoemd artikel.²⁰ Ik denk dat dit subtile onderscheid in de praktijk geen roet in het eten zal gooien. Ten eerste omdat de meeste particulieren helemaal geen weet hebben van de hele regeling en de handelende echtgenoot altijd als bestuursbevoegde zullen zien. Twijfel die volgens de leer van De Grooth funest zou zijn krijgt daardoor helemaal geen kans. Ten tweede omdat professionele wederpartijen die transacties sluiten waar grotere bedragen mee gemoeid zijn, vaak een extra handtekening van de andere echtgenoot verlangen als er enige twijfel opkomt.²¹ Zij praktiseren een soort cumulatief bestuur. Rozemond²² noemt een andere mogelijkheid: bijvoorbeeld bij een bank moeten partijen ervoor tekenen, dat alle goederen op naam ook onder het bestuur van die echtgenoot staan.

De gevallen waarin derden in de bijzondere zin van De Grooth niet te goeder trouw zijn, lijken mij erg zeldzaam. Het is duidelijk dat een derde die daadwerkelijk weet dat de andere echtgenoot het bestuur over een goed heeft, niet door art. 1:92 kan worden beschermd.

Het lijkt erop dat Minister Van Oven de derde pas te kwader trouw verklaart als er wetenschap omtrent de wil van de wel bestuursbevoegde echtgenoot bijkomt. Hij had in het voorbeeld dat een koe door de echtgenote was aangebracht, de derde niet te goeder trouw verklaard, nu deze wist van het feit dat de vrouw de koe had aangebracht, en bovendien moest vermoeden dat de vrouw de koe niet wilde verkopen. Zo redeneert hij ook in het geval dat de man een bontmantel uit het bedrijf van de vrouw verkoopt zonder haar mede-

17 Lubbers/Hidma, aant. 2 bij art. 1:92.

18 Zie Asser-Hartkamp II nr. 111.

19 RM Themis 1957, p. 224-225.

20 De Grooth schreef nog over art. 167 Lex van Oven, de voorloper van art. 1:92.

21 Zie bijvoorbeeld hierover Kleijn, TPR 1978, p. 635.

22 WPNR 4480 (1957).

weten.²³ Het tweede deelcriterium (naar nieuw recht te vertalen in de wil om het goed te vervreemden) doet er natuurlijk niet toe. Wetenschap van de bestuursonbevoegdheid *sec* leidt reeds tot verlies van goede trouw.

Samenvattend kunnen wij stellen dat de wetgever ervoor gekozen heeft de derde ten koste van de echtelieden te beschermen. De bijzondere opvatting van De Grooth op dit terrein lijkt mij niet navolgenswaardig omdat het er mijns inziens om gaat of de derde mag aannemen dat het goed onder het bestuur van de handelende echtgenoot staat. De onderzoeksplicht die normaliter zou gelden *ex* 3:11 is door de werking van art. 1:92 in grote mate verlicht. Men zou het mijns inziens kunnen formuleren in die zin, dat de derde te goeder trouw is tenzij hij redenen heeft om te twijfelen aan de bestuursbevoegdheid van de handelende echtgenoot. Dan moet hij enig nader onderzoek instellen. Pas als 'kenbaar' wordt dat het goed onder het bestuur staat van de andere echtgenoot dan geldt art. 92 niet meer.

b. de eis van bezitsverkrijging

Art. 3:86 stelt als eis dat de derde het bezit moet hebben verkregen van het goed, wil hij met enige reden te kunnen stellen dat hij eigenaar is geworden. De meeste vragen van bezitsverkrijging spelen bij verkrijgingen ongeacht wie de vervreemder is en zullen daarom voor dit onderzoek buiten beschouwing blijven. Slechts een vraag die bij de verkrijging *c.p.* van een echtgenoot speelt zal hier aan de orde komen: wat is de positie van echtgenoten ten aanzien van goederen die aan (een van) hen toebehoren: houder of bezitter? Dit is van belang voor de vraag hoe een echtgenoot die niet bestuursbevoegd is ten aanzien van een goed, dit kan leveren aan een derde te goeder trouw in verband met de vereisten die de art. 3:84 j° 3:86 j° 3:90 daaraan stellen, omdat een geldige bezitsverschaffing wordt vereist. In welke vorm deze kan plaatsvinden hangt mede af van de vraag of de vervreemder bezitter is, zie art. 3:90 j° 3:112 e.v. Is de bestuursonbevoegde echtgenoot *bezitter* dan kan hij een goed waarover hij niet het bestuur heeft, ook *c.p.* aan een derde leveren, terwijl hij dat als *houder* niet kan.

Echtgenoten die in de wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd, kunnen naast gemeenschappelijke goederen ook *privégoederen* hebben. Van deze goederen zijn zij privé-eigenaar en ligt ook exclusief bezitterschap voor de hand. Een bezitter is immers iemand die houdt voor zichzelf, art. 3:107. Dat is hier het geval. De andere echtgenoot kan van hetzelfde goed alleen houder zijn, ervan uitgaand dat hij ook de feitelijke macht over het goed heeft. Bij een schilderij dat de vrouw onder uitsluitingsclausule heeft geërfd, zal de man bijvoorbeeld haar privé-eigendom respecteren. Hiertoe is hij mijns inziens ook wettelijk verplicht op grond van het huwelijksrecht, art. 1:90 lid 2

23 Van Oven, NJB 1956, p. 38 over de bontmantel; zie Handelingen II, 1955/1956, p. 2596 e.v. ten aanzien van koe Betsy.

j° 3:108. De vererving heeft onder de clausule van art. 1:94 lid 2 slot plaatsgevonden en op dat schilderij is de boedelmenging niet van invloed. De man hoort zich hieraan te houden. Heeft hij eenmaal aangevangen de feitelijke macht uit te oefenen als houder, dan blijft hij ook houder ex art. 3:111. De man kan derhalve in dit voorbeeld het schilderij niet c.p. leveren aan een koper.²⁴

Ten aanzien van *gemeenschapsgoederen* zijn mijns inziens drie kwalificaties van de positie van de echtgenoten mogelijk. Bij de tweede kwalificatie zijn twee varianten te onderscheiden. Helaas is in de literatuur op dit punt geen duidelijke mening te vinden, zodat de uitwerking en de afweging van voor- en nadelen van de verschillende mogelijkheden een meer persoonlijk karakter draagt.

1E MOGELIJKHEID: SLECHTS DE BESTUURSBEVOEGDE ECHTGENOOT IS BEZITTER, DE ANDERE ECHTGENOOT EVENTUEEL HOUDER

Nemen wij aan dat de man een zeilboot staande huwelijk heeft gekocht en geleverd gekregen. De man heft daarmee het bestuur over de boot, art. 1:97 lid 1 j° 1:90. Dit betekent dat hij de boot kan vervreemden en ten aanzien ervan feitelijke handelingen kan verrichten en toelaten.

Wat betekent dit voor het bezit? De man heeft krachtens de wet de exclusieve bestuursmacht, art. 1:97, en daarmee het exclusief bezit. Ten gevolge van de boedelmenging heeft de vrouw weliswaar de mede-eigendom van de boot verkregen, maar daarmee heeft zij niet automatisch dezelfde status ten aanzien van de boot als de man. Zij is immers niet zijn rechtsopvolger onder algemene titel.²⁵ Als beide echtgenoten van de boot gebruik maken, dan zou men kunnen zeggen dat de vrouw op grond van art. 1:90 lid 1 slot j° 3:111 de boot als houder voor de man onder zich heeft. Zij heeft het recht om de boot te gebruiken onder respectering van eenzelfde recht van haar man, art. 1:90 lid 1 slot j° 1:81.²⁶ Als de vrouw als houder van de boot deze wil vervreemden dan zal de bezitsverschaffing feitelijk, of via een *brevi* of een *longa manu*-levering moeten plaatsvinden.²⁷

2E MOGELIJKHEID: UIT DE VERKRIJGING IN MEDE-EIGENDOM VOLGT MEDEBEZIT Aan de boedelmenging bij de huwelijkssluiting en bij de verkrijging in huwe-

²⁴ Ik laat de art. 1:88-complicatie even buiten beschouwing.

²⁵ Zie Pleysier, *De Notarisklerk* 1988, p. 299.

²⁶ Het algemene gebruiksrecht pleegt in de literatuur te worden afgeleid uit het rechtskarakter van de gemeenschap, zie Asser-Moltmaker nr. 328 op basis van de MvT II bij de Invoeringswet, PG Aanpassing BW, p. 41 met verwijzingen naar de art. 83 en 94.; Kleijn/Van Duijvendijk-Brand, p. 29; Klaassen-Eggens-Luijten, p. 132; Karstens-Van Halsema, 'Enige kanttekeningen bij het bestuur van gemeenschapsgoederen', p. 63. Nuytinck, diss. p. 65, haakt aan bij art. 1:81. Zie PG Aanpassing BW, p. 41, over de botsende rechten tot gebruik van beide echtgenoten, waarbij helaas juist op dit punt een kennelijke verschrijving in de originele stukken heeft plaatsgevonden, zie Kamerstukken II, 17 725, nrs. 1-3, p. 38.

²⁷ Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, nr. 155 met verdere verwijzingen.

lijkse mede-eigendom staande huwelijk is in deze opvatting gekoppeld dat men niet slechts mede-eigenaar wordt maar dat men ook bezitter wordt van de zaken die in de gemeenschap vallen. Het huwelijksvermogensrecht maakt slechts in zoverre een uitzondering dat de bevoegdheid om over het goed (feitelijk) te beschikken is voorbehouden aan de bestuursbevoegde echtgenoot.

In deze visie kan men voor de beantwoording van de vraag of de niet bestuursbevoegde bezitter het goed c.p. kan leveren, mijns inziens twee varianten onderscheiden die tot verschillende uitkomsten leiden.

Variant 2a: elke echtgenoot-*bezitter* kan een gemeenschappelijke zaak c.p. leveren

Men kan aannemen dat uit de bijzondere huwelijksgemeenschap waar de eigendom het geheel van het goed betreft onder respectering van eenzelfde recht van de andere echtgenoot en geen aandeelseigendom is, voortvloeit dat het aan de eigendom gekoppelde bezitsrecht ook het gehele goed omvat onder respectering van eenzelfde recht van de andere echtgenoot. Dit heeft wel tot gevolg dat de bezitters, of zij bestuursbevoegd zijn of niet, het bezit over de zaak c.p. kunnen overdragen aan een derde. Als deze aan de overige vereisten van art. 3:86 lid 1 j° 3:90 j° 1:92 lid 1 voldoet, dan wordt de derde ook eigenaar als hij de zaak van de bestuursonbevoegde echtgenoot verkrijgt.

Variant 2b: de *lex specialis* inzake de bestuursregeling brengt mee dat de bestuursonbevoegde echtgenoot-bezitter niet c.p. bezit kan overdragen van een gemeenschapsgoed

Het wettelijk stelsel maakt een uitzondering op het beginsel dat een eigenaar ook beschikkingsbevoegd is. Beide echtgenoten zijn eigenaar, maar alleen de bestuursbevoegde is ook beschikkingsbevoegd, art. 1:97 lid 1 j° 1:90.

Analoog aan deze uitzondering zou men ook voor de bevoegdheden van de medebezittende echtgenoten een onderscheid kunnen maken tussen de bestuursbevoegde echtgenoot en diens partner. In deze visie zou alleen de bestuursbevoegde bezitter zijn bezitsrecht kunnen *overdragen* aan een derde. Slechts een c.p.-levering door deze echtgenoot zou derhalve het gevolg hebben dat de derde bezit verkrijgt en eigenaar kan worden. De andere echtgenoot kan dan alleen gebruik maken van de leveringsvormen waarbij bezits-*verschaffing* plaatsvindt door een houder volgens de regels van het algemene vermogensrecht.

3E MOGELIJKHEID: ANALOOG AAN DE DUITSE OPVATTING TERZAKE VAN INBOEDELGOEDEREN IN GEMEENSCHAPPELIJK GEBRUIK IS ELKE ECHTGENOOT NAAST MEDEBEZITTER OOK HOUDER VAN DE ONVERDEELDE HELFT VAN DE ANDERE ECHTGENOOT OP HETZELFDE GOED

Zoals in het Duitse recht wordt aangenomen ten aanzien van inboedelgoederen, zie onderdeel 4.2, zou men ook voor het Nederlandse recht kunnen aannemen dat beide echtgenoten bezitter zijn van een gemeenschappelijke zaak; maar ten aanzien van het bezitsrecht van de ander aan die zaak zijn zij houder voor deze. Hierbij maakt men een theoretisch onderscheid tussen het eigendomsrecht op de zaak en het bezitsrecht. Het bezitsrecht kan dan wel worden gesplitst in twee delen waarvan slechts een aan elk der echtgenoten toevalt. Voor het bezitsrecht van de partner is men houder. Toegespitst op de vervreemdingsproblematiek zou dit betekenen dat ook in deze variant de bestuursonbevoegde niet zelfstandig het hele bezit(srecht) van de zaak kan overdragen omdat hij slechts houder is voor het aandeel van de andere echtgenoot daarin, met alle gevolgen van dien.

De overdracht van medebezit zoals in de Puinbreekinstallatie-zaak²⁸ komt hier niet aan de orde omdat het niet mogelijk is om aandelen in rechten op gemeenschapsgoederen ex Boek 1 BW in diër voege te vervreemden dat de verkrijger samen met de andere echtgenoot medebezitter en daardoor mede-eigenaar zou kunnen worden.²⁹

Ter verklaring van het feit dat (anders dan in het Duitse recht) de bestuursbevoegde echtgenoot wel in staat is om het bezit van de zaak waarover hij het bestuur heeft, aan een derde over te dragen, rest mijns inziens alleen de verklaring dat de wet dit als *lex specialis* zo bepaalt. Voor hem mag het bezitsdeel van de andere echtgenoot immers geen beperking vormen omdat hij volgens de wet volledig bestuursbevoegd is.

DE VOOR- EN NADELEN VAN DE VERSCHILLENDE OPVATTINGEN

De keuze tussen deze opvattingen kan worden beïnvloed door het resultaat dat men nastreeft. In variant 2a kan de bestuursonbevoegde echtgenoot wel c.p. het bezit overdragen terwijl dat in de andere mogelijkheden niet het geval is.

Een ander keuzecriterium kan zijn de mate waarin een oplossing past in het systeem van het (huwelijksvermogens)recht of waarin een gelijkloop wordt bereikt tussen de behandeling van gehuwden en ongehuwden. De oplossingen 1 en 2b komen qua resultaat dicht bij de bestuursregeling. In het wettelijk stelsel in het huwelijksvermogensrecht wordt immers uitgegaan van een splitsing van eigendom en beschikkingsbevoegdheid. Daarbij past dan ook de binding van de beschikkingsmacht aan het bezitsrecht dat aan de bestuurs-

²⁸ HR 28 april 1989, NJ 1990 252 mnt. WMK.

²⁹ Klaassen-Eggens-Luijten, p. 87; Pitlo/Reehuis-Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 429.

bevoegde toekomt. Een belangrijke factor van het 'zich als eigenaar gedragen' houdt immers ook in dat men het goed naar believen moet kunnen vervreemden via de gewone regels van overdracht en niet via derdenbeschermingsconstructies. Het spiegelbeeld hiervan vinden wij in oplossing 2b: aan de andere echtgenoot-medebestuurder moet daarom deze bevoegdheid worden ontzegd, die in het algemene vermogensrecht aan het bezitsrecht is verbonden.

Oplossing 2a heeft als voordeel dat zij het nauwst aansluit bij het algemene vermogensrecht. Daar kan elke bestuurder (ook een dief!) c.p. bezit overdragen. Oplossing 2a geeft deze mogelijkheid ook aan de bestuursonbevoegde echtgenoot.

Een ander argument voor de afweging kan wellicht zijn dat bij botsende beschermingsbelangen bij de verkrijging van roerende zaken art. 1:92 lid 1 ook de weegschaal naar de kant van de derde moet slaan. De goede trouw-eis wordt afgezwakt vanuit het achterliggende idee dat echtgenoten er zelf toe hebben bijgedragen dat onduidelijkheid over de bestuursbevoegdheid bestaat zodat men bij de eis van de juiste leveringsvorm de balans ook in het voordeel van de derde zou kunnen laten doorslaan.³⁰

Een tegenargument zou zijn dat men de derdenbescherming, welke op één terrein is verleend niet zonder meer ook tot een ander terrein mag uitbreiden. De bescherming is gelegen in de verlichting van de onderzoeksplicht maar daaruit zou niet automatisch ook een verlichting ten aanzien van de leverings-eisen mogen worden afgeleid.

De derde oplossing past niet bij de gedachte dat het bezitsrecht - zo men dit voor beide echtgenoten aanneemt - het gehele goed omvat en er geen aandelen in het bezitsrecht van een gemeenschapsgoed kunnen worden onderscheiden. Wij hebben immers niet te maken met een titel 3.7-gemeenschap³¹ maar met een huwelijksgemeenschap. Daarmee is ook het houderschap voor de andere echtgenoot dat bezitsoverdracht aan derden zou verhinderen, niet goed denkbaar. Er is immers geen eigendom van aandelen.

Mijn keuze:

Gezien de bovenstaande voor- en nadelen van de verschillende oplossingen valt oplossing 3 als te ver van het karakter der huwelijksgemeenschap verwijderd zijnde, als mogelijkheid af. De varianten van 2 gaan ervan uit dat de andere echtgenoot medebestuurder is van de gemeenschappelijke goederen. Een bijkomend gevolg zou bijvoorbeeld zijn dat deze dan ook aansprakelijk zou zijn voor schade die door deze goederen zou worden aangericht, art. 6:180 j°

30 Zo voor het recht van vóór 1970: Asser-Scholten-Wiarda, p. 116.

31 Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht, nr. 213, merkt op dat de wetgever over medebezit en medehouderschap niets heeft geregeld, maar bij de daar voorkomende aandelen van elk der deelgenoten kan ik mij wel bezit van het eigen aandeel verbonden met houderschap voor de overige deelgenoten voor hun aandelen voorstellen. Zie hierover al Versteeg, diss. p. 139, noot 1.

173 (gebrekkige zaken) en 179 (dieren). Analooq aan de redenering in het Bycolien-arrest³² waar in een concubinaatsverhouding werd aangenomen dat het ‘medegebruik’ van een hond geen medebezit impliceerde, lijkt mij deze redenering ook op te gaan voor de echtgenoten-verhouding tot de hond. Het enkele meegenieten en meeleven met een huisdier impliceert nog geen medebezit, en aangezien dit recht van medebezit ook niet voortvloeit uit de gemeenschap van goederen, lijkt mij geen reden aanwezig om medebezit voor de bestuursonbevoegde echtgenoot aan te nemen voor gezelschapsdieren; eenzelfde redenering lijkt mij ook te verdedigen voor andere gemeenschapsgoederen.³³ Daaruit moge blijken dat mijn voorkeur uitgaat voor de eerste oplossing: die echtgenoot is bezitter van de gemeenschapsgoederen, welke ten aanzien ervan bestuursbevoegd is. De andere is op grond van de huwelijkse relatie (of art. 1:81 zo men wil) houder voor de andere. De bestuursbevoegde echtgenoot is daarmee ook als bezitter aansprakelijk waar de wet de bezitter als de aansprakelijke persoon aanwijst, een toe te juichen bijkomstigheid.³⁴

3.1.2 Art. 3:36: schijn van bevoegdheid

Een ander mogelijk beschermingsartikel is art. 3:36. Deze bepaling heeft tot gevolg dat een bestuursbevoegde echtgenoot geen beroep kan doen op de onbevoegdheid van zijn partner indien hijzelf de schijn van bestuursbevoegdheid van zijn partner (mede) heeft opgewekt, en die derde in gerechtvaardigd vertrouwen op die bestuursbevoegdheid een rechtshandeling heeft verricht.³⁵ Daarbij vermeldt de parlementaire geschiedenis³⁶ dat een onderscheid dient te worden gemaakt naar de oorzaak van het ontstaan van de verkeerde indruk van die derde inzake de rechtsverhouding die tussen de echtgenoten bestaat. Bij geschreven stukken en inschrijvingen in registers mag een derde in de regel ervan uitgaan dat deze juist zijn.³⁷ Gaat hij daarentegen af op hetgeen hij uit minder betrouwbare bron heeft vernomen, of op minder duidelijke indrukken die hij heeft verkregen, dan mag de goede trouw van de derde niet te makkelijk worden aangenomen. Ook verklaringen die de echtgenoten tot elkaar hadden gericht, zijn geen zekere kenbron voor derden.³⁸ Men moet zich altijd realiseren, dat men derde is en daarom minder goed is ingelicht dan de echtgenoten zelf.

Of de derde daadwerkelijk gebruik maakt van art. 3:36 is te zijner keuze.

32 HR 8 oktober 1982, NJ 1984 2.

33 Anders Kleijn, WPNR 5924 (1989), voor huishoudelijke goederen.

34 Andere gevolgen van het predikaat ‘bezitter’ laat ik hier buiten beschouwing omdat dit te ver van het onderzoeksterrein zou afleiden.

35 Zie Schoordijk, Vermogensrecht, Boek 3, p. 108.

36 PG Boek 3, p. 180.

37 Voor een nadere uitwerking van deze problematiek zie hoofdstuk 5.

38 Nieskens-Isphording, Advocatenblad 1992, p. 222.

Hij mag kiezen voor een van de regelingen omdat geen vaste volgorde van beschermingsbepalingen door de wetgever is voorgeschreven.³⁹ Een derde kan zelfs van bescherming afzien als hem dat beter uitkomt.⁴⁰

Voldoet de derde aan de vereisten van art. 3:86 j° 1:92, dan zal hij - zo kan ik mij voorstellen - voor die weg kiezen, omdat daar de minste vereisten gelden voor het aannemen van zijn goede trouw. Het enkele feitelijke bezit van een goed legitimeert deze echtgenoot als bestuursbevoegde, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn om iets anders aan te nemen. De derde hoeft hier niet te voldoen aan de normale onderzoeksplicht van 3:11, waardoor de andere echtgenoot zich er niet op kan beroepen ter afwering van het rechtsgevolg dat hij zijn recht op het goed verliest. Slaagt een beroep op deze artikelen niet dan kan art. 3:36 als vangnet nog nuttig zijn.⁴¹ Het artikel zou met name bij verkrijging om niet zijn diensten kunnen bewijzen, omdat de andere beschermingsbepaling bij roerend goed, art. 3:86, een verkrijging niet om niet vereist.⁴² Wellicht zouden de leveringsvereisten voor een levering c.p. door een houder-echtgenoot kunnen worden omzeild, maar ik denk dat dit vanwege de feitelijke constellatie maar zelden van toepassing zou zijn. Een derde zou dan met betrekking tot het c.p. geleverde goed iets moeten hebben ondernomen in goed vertrouwen op de door de echtgenoten gewekte schijn. Het zal zich niet vaak voordoen dat de derde hieraan toekomt, dunkt mij.

Mijnssen⁴³ wijst erop dat de rechter in het kader van de redelijkheid en billijkheid eventueel ook buitenwettelijk het nadeelsvereiste een rol zou kunnen laten spelen. Ik denk dat dit niet zomaar zal gebeuren, maar ik kan mij wel voorstellen dat een derde die iets om niet verkrijgt, eerder moet onderzoeken of alles pluis is. Normaliter geven mensen niet zomaar dingen aan anderen om niet. Als een speciale relatie tussen de personen bestaat die de verkrijging om niet weer meer plausibel maken, dan kan de onderzoeksplicht minder scherp worden gesteld. Eventueel kan de derde zijn bescherming verliezen door art. 1:88 lid 1 sub b, dat bovenmatige giften aan een toestemmingsvereiste van de andere echtgenoot koppelt. Bij giften kan de andere echtgenoot, bij ontbreken van zijn toestemming, ook jegens derden te goeder trouw zijn vernietigingsrecht van art. 1:89 inroepen. Voor details omtrent art. 1:88 lid 1 sub b zie onderdeel 12.4.2.

Kiest de derde voor toepassing van art. 3:36 dan zal hij onder andere toedoen van de bestuursbevoegde echtgenoot moeten aantonen.⁴⁴ Wat houdt het

39 Hierover kritisch Konings, diss., p. 247 en 251.

40 Een korte bespreking van dit probleem is te vinden in onderdeel 3.2.3.

41 Snijders, Causale rechtshandelingen in het Nieuw BW, p. 60, acht verdere ontwikkelingen in de rechtspraak (ook) bij dit artikel niet uitgesloten.

42 MvA, PG Boek 3, p. 176-177; Nieskens-Isphording/Van der Putt-Lauwers, Derdenbescherming, p. 37-38; Schoordijk, Vermogensrecht, Boek 3 p. 111.

43 NJB 1983, p. 1231.

44 Zie algemeen Rank-Berenschot, Problemen van samenloop bij de bescherming van verkrijgers van registergoederen, p. 330, waar zij dit beginsel behandelt als een van de gemeenschappelijke kenmerken voor alle derdenbeschermingsmaatregelen.

toedoen-vereiste in dit verband precies in? Een mogelijke interpretatie zou zijn om, analoog aan de trend die blijkt uit de vervanging van de 3:11-goede trouw door die van 1:92 (zie boven), ook hier minder strenge eisen te stellen aan het toedoen van de niet bij de transactie betrokken echtgenoot. Het enkele stilzitten terwijl achter de rug van de echtgenoot om allerlei zaken uit zijn bestuursareaal worden vervreemd, misschien zelfs zonder zijn kennis hiervan, zou dan al tot bescherming van de derde-verkrijger kunnen leiden. Dit zou een zeer vergaande derdenbescherming betekenen. De tekst van art. 1:92 staat daaraan niet in de weg.

De andere mogelijkheid is binnen een strikte uitleg van de tekst van 3:36 een expliciete verklaring of duidelijke gedraging van de andere echtgenoot te verlangen. Een louter stilzitten en gedogen dat er over 'zijn' goed wordt beschikt is dan niet voldoende.

Ik kies hier voor de tweede mogelijkheid omdat ik geen reden zie om naast art. 1:92 nog extra bescherming te verlenen aan derden, die toevallig handelen met een onbevoegde echtgenoot in plaats van een willekeurige andere beschikkingsonbevoegde persoon. Zou men dit laatste restje bescherming van de bevoegde echtgenoot tegen zijn partner ondergraven door een ruime werking van art. 3:36, dan blijft van het systeem van gesplitst bestuur weinig over. Mede met het oog op de eerder geschetste gevolgen die leiden tot een vergaand verlies van controle over de vermogensbestanddelen uit het eigen bestuursareaal, mag duidelijk zijn dat dit beeld mij niet erg aanspreekt. Ik pleit daarom voor een enge uitleg van art. 3:36 in dit verband.

3.2 Registergoederen en andere goederen op naam (waaronder niet begrepen goederen die vallen onder art. 3:86)

3.2.1 Art. 3:88

De meeste goederen waarop art. 3:88 van toepassing is, zijn goederen op naam.⁴⁵ De opnaamstelling moet in ieder geval corresponderen met de persoon die zich rechthebbende c.q. eigenaar noemt. Dat is anders dan bij art. 3:86 waar het bezit van een goed het centrale legitimatie-criterium is. Naast de eis dat de opnaamstelling correct moet zijn, stelt art. 3:88 nog een volgend vereiste. Art. 3:88 beschermt de verkrijger alleen indien aan de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder oorspronkelijk een titel- of leveringsgebrek ten grondslag ligt. De bedoeling is dat de onbevoegdheid niet oorspronkelijk is terug te voeren op bijvoorbeeld faillissement of huwe-

⁴⁵ Voor de discussie omtrent de toepasselijkheid van art. 3:88 op geblokkeerde aandelen en de voorgestelde aandelen op naam zie Van Schilfgaarde, WPNR 6060 (1992) met verdere verwijzingen. Hij concludeert dat een derde te goeder trouw bescherming verdient ten koste van de vennootschap. Ik laat dit verder rusten omdat het te ver van de kern van mijn onderwerp verwijderd ligt.

lijksvermogensrechtelijke bestuursonbevoegdheid.⁴⁶ Heeft zich in een eerdere schakel ooit een titel- of leveringsgebrek voorgedaan dat niet is geheeld door art. 3:88, dan zal dat in de opvolgende transacties de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder meebrengen, maar deze staat aan de bescherming door 3:88 niet aan de weg. Ergens in het verleden is een titel- of leveringsgebrek aan te wijzen, waarvan de beschikkingsonbevoegdheid van de opvolgende bezitters het gevolg is.⁴⁷ Voor de toepassing van art. 3:88 zijn twee voorbeelden te geven. Het eerste is ontleend aan A.A. Van Rossum:⁴⁸ A draagt een goed, bijvoorbeeld een auteursrecht,⁴⁹ over aan B, en B draagt het goed over aan C. A ontbindt daarna de overeenkomst A-B en B levert terug aan A. A wordt dan niet eigenaar, want de beschikkingsonbevoegdheid van B heeft als oorzaak dat hij al rechtsgeldig heeft geleverd aan C en niet een titel- of leveringsgebrek.

Modificeert men deze casus in de zin dat de titel wordt vernietigd in plaats van ontbinding van de overeenkomst aan te nemen, dan verschilt het resultaat niet wezenlijk. Het verschil tussen de twee varianten is dat, anders dan de ontbinding, de vernietiging van een overeenkomst terugwerkende kracht en goederenrechtelijk effect heeft. Bij vernietiging van de titel is B niet bevoegd om aan C te leveren omdat het goed geacht wordt A's vermogen nooit te hebben verlaten. Wordt C nadat levering aan hem door B is geschied, beschermd door 3:88, dan is C eigenaar. A kan het goed niet meer revindiceren. Juridisch loopt het anders omdat A niet teruglevering vordert maar probeert een revindicatie in te stellen, omdat hij denkt door het goederenrechtelijk effect steeds eigenaar gebleven te zijn, maar hij is zijn eigendom aan C kwijtgeraakt.

BESCHERMING OOK BIJ VERKRIJGING OM NIET

De bescherming van art. 3:88 is niet afhankelijk van een verkrijging om baat. De bedoeling van deze afwijking van de regel van art. 3:86 ligt aldus de Minister⁵⁰ in het feit dat verkrijgers van deze goederen een veel ernstiger schade lijden als zij niet worden beschermd. Dit argument is vooral toepasselijk op registergoederen. Ten aanzien van andere goederen op naam, persoonlijke vorderingsrechten, gaat dit argument veel minder op. Daar kan het ook om heel geringe bedragen gaan. Op een andere plaats blijkt dat de Minister wel zo reëel is om in te zien dat dit ook anders kan zijn. Hij gebruikt het voorbeeld van een kunstvoorwerp dat veel meer waarde kan hebben dan een

46 PG Aanpassing BW, p. 43; PG Boek 3, p. 347; Asser-Moltmaker nr. 342 sub c; Brahn, Mon. NBW B-6b, p. 85-86.

47 Voor een uitgebreide bespreking van alle vereisten zie Van Straaten, Kadaster, p. 206-212.

48 Derdenbescherming bij overdracht van intellectuele en industriële eigendom, p. 145.

49 Dit goed valt niet onder de goederen waar art. 3:86 op van toepassing is.

50 MvA II bij art. 3.4.2.3b, PG Boek 3, p. 347.

art. 3:88-goed.⁵¹ Daarnaast komt het regelmatig voor dat onroerende zaken worden verkocht tegen niet-reële prijzen. Dan zou het onduidelijk worden of er voldoende ‘baat’ is om nog bescherming aan te nemen. Bovendien zou een geringe tegenprestatie beslissend kunnen zijn voor het al an niet toekennen van bescherming, een niet zo gelukkige gedachte.⁵²

Een correctie bij ongewenste uitkomsten is wellicht ook mogelijk door een beroep op bescherming door de derde in strijd te achten met de art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2, de algemene bepalingen over redelijkheid en billijkheid,⁵³ waardoor wordt bereikt dat de oorspronkelijke eigenaar zege viert over de verkrijger in spe. Gerbrandy⁵⁴ is van mening dat de redelijkheid en billijkheid van die artikelen niet in het goederenrecht thuishoren. Daar moeten wij werken met ‘hard and fast rules’. In noodgevallen moet men dan maar uitwijken naar het leerstuk van misbruik van recht, art. 3:13. Ik kan mij hier in zekere mate wel in vinden. Het goederenrecht moet inderdaad duidelijke antwoorden geven op vragen als: wie is eigenaar geworden van een bepaald goed; is een bepaald beperkt recht geldig gevestigd. Maar ook Gerbrandy moet toegeven dat er gevallen zijn waarin dit niet zo werkt. Dan leiden de uitkomsten van strikte toepassing van het goederenrecht tot onbillijke resultaten. Of men het achterdeurtje waardoor de aanpassingen het goederenrecht binnensluipen, dan redelijkheid en billijkheid of misbruik van recht noemt doet er dan niet zo toe. Belangrijk is dat men de uitzonderingen beperkt tot echte noodgevallen en niet te snel gaat ingrijpen in het systeem van het goederenrecht. De voorkeur voor het gebruik van art. 3:13 zou dan deels te verklaren zijn uit het feit dat voor toepassing van deze regeling zwaardere eisen gelden, waardoor misbruik van deze regeling minder voor de hand ligt.

3.2.2 Art. 3:36: schijn van bevoegdheid

Het alternatieve beschermingsartikel 3:36 heeft bij zaken en vorderingen op naam weinig effect. Staat het goed op naam van de andere, de niet-handelende echtgenoot, dan zal er geen sprake kunnen zijn van rechtsgeldige goede trouw bij de derde. Hij behoort op de hoogte te zijn van de inhoud van de openbare registers, art. 3:24.⁵⁵ Schoordijk⁵⁶ heeft een voorbeeld bedacht waarbij dit toch het geval kan zijn. In dit geval verkrijgt B een registergoed van A, waarbij de voorwaarde wordt overeengekomen dat de eigendom weer op A overgaat als hij terugkomt van een verblijf in het buitenland. Als A opzet-

51 Zie PG Aanpassing BW, p. 60, waar de Minister reageert op de voorstellen van Nuytinck inzake gezamenlijk bestuur.

52 PG Inv. Boek 3, p. 1099. Zie voor verschillende opvattingen inzake het criterium ‘niet om baat’ de noot van Kleijn onder Nolan/Van Aalst, HR 24 mei 1985, NJ 1986 699.

53 Asser-Mijnssen-De Haan nr. 288.

54 WPNR 6061 (1992).

55 Van Straaten, Kadaster, p. 217.

56 Schoordijk, Vermogensrecht, Boek 3, p. 110.

telijk misinformatie aan B geeft met betrekking tot de vervulling van de ontbindende voorwaarde, waardoor deze ten onrechte de indruk krijgt, dat de voorwaarde niet in werking treedt, mag C, een potentiële verkrijger van B, op de onvoorwaardelijke eigendom van B vertrouwen. Het mag duidelijk zijn dat deze constellatie niet dagelijks voorkomt. Wat is de rol van het register hierbij? De voorwaarde zal in het register worden ingeschreven, art. 3:17 lid 1 sub c. Als de vervulling van de voorwaarde niet is ingeschreven, dan mag de derde ervan uitgaan dat zij niet is vervuld. Het blijft immers mogelijk dat de voorwaarde op een later tijdstip alsnog zal worden vervuld, waardoor B moet begrijpen dat hij slechts een voorwaardelijk recht heeft verkregen.⁵⁷ Als A met betrekking tot de kans dat de voorwaarde in vervulling gaat, verkeerde informatie aan B geeft, die deze weer doorspeelt aan C dan mag C op die verklaring afgaan. A heeft er immers zelf voor gezorgd dat C een verkeerde indruk kreeg van de rechtsverhouding tussen A en B.

Hoe is dit te transformeren naar een huwelijkssituatie? Daarbij zouden A en B echtgenoten zijn, waartussen een voorwaardelijke overdracht van het goed overeengekomen zou moeten zijn.⁵⁸ Ik zou mij kunnen voorstellen dat de ene echtgenoot een huis overdraagt aan de ander onder de ontbindende voorwaarde dat het huis weer eigendom wordt van de vervreemder als deze het huis voor een bepaalde bestemming nodig heeft. De misleidende informatie zou dan de mededeling omtrent de waarschijnlijkheid van het gebruik met die bestemming zijn.

Er zijn ook andere varianten denkbaar waardoor een vervreemder meewerkt aan het ontstaan van de verkeerde indruk bij de derde. Heeft bijvoorbeeld de bestuursbevoegde echtgenoot zelf meegewerkt aan een valse inschrijving van een beperkt recht op het goed ten bate van de andere echtgenoot, waardoor de derde een verkeerde indruk van de bestuursverdeling heeft gekregen, dan is het juist dat de derde ten koste van deze echtgenoten wordt beschermd, art. 3:26. Ook echtgenoten die de schijn wekken dat zij een onbevoegd verrichte rechtshandeling bevestigen, bijvoorbeeld via art. 3:55, of daartoe toetreden op grond van art. 1:90 lid 4, moeten art. 3:36 tegen zich laten gelden.⁵⁹

3.2.3 Afdeling 3.1.2: bescherming ten aanzien van inschrijfbaar feiten

De desbetreffende artikelen uit deze afdeling beschermen een derde indien er problemen bij de eigendomsoverdracht van een registergoed optreden, die hun oorzaak hebben in onvolledige of onjuiste gegevens in de registers.⁶⁰

⁵⁷ Nieskens-Isphording, WPNR 6062 (1992).

⁵⁸ Zie voor de vraag of dit mogelijk is, onderdeel 8.3.1 sub b) voor echtgenoten gehuwd in de wettelijke gemeenschap van goederen, en onderdeel 8.3.2 sub a) voor echtgenoten gehuwd buiten gemeenschap.

⁵⁹ Deze constructies zijn analoog aan de algemene voorbeelden van Van Straaten, Kadaster, p. 218.

⁶⁰ Voor voorbeelden zie Brahn, Mon. NBW B-6b, p. 84-85; Mijnsen, NJB 1983, p. 1232.

Verkrijging om baat is daarbij geen vereiste, net zo min als bij art. 3:88.⁶¹

Zoals Van Duijvendijk-Brand in haar dissertatie al aangaf⁶² zal in de praktijk maar uiterst zelden voorkomen dat de echtgenoot die als rechthebbende in de registers staat vermeld, niet bestuursbevoegd is. Bij echtparen die in gemeenschap van goederen zijn gehuwd treedt weliswaar boedelmenging op maar degene die in de registers als eigenaar staat vermeld, is bestuursbevoegd. Verwarring omtrent de ware bestuursverhoudingen zal nauwelijks mogelijk zijn.⁶³

De conclusie uit het voorgaande is dat de kans dat een derde gebruik kan maken van de bescherming die deze afdeling biedt, niet wezenlijk verandert door het feit dat hij een bestuursonbevoegde échtgenoot tot wederpartij heeft. Hij mag ervan uitgaan dat alles wat hem zal worden tegengeworpen in het register staat vermeld. Verdergaand onderzoek wordt niet van hem geëist.⁶⁴ alle feiten, die krachtens authentieke akte met kracht van authenticiteit zijn ingeschreven, maar die onjuist zijn, gelden jegens een ieder als juist, art. 3:25.⁶⁵ Deze regel maakt geen onderscheid naar de vraag of een van partijen gehuwd is. Het kan wel voorkomen dat door de huwelijksluiting bepaalde ingeschreven feiten ineens niet meer juist zijn. In dat geval ligt het op de weg van de echtgenoten om voor correctie zorg te dragen. In de regel zal dit feiten betreffen die niet met kracht van authenticiteit zijn vastgesteld door de notaris. In deze gevallen beschermt art. 3:26 de derde tegen degene die redelijkerwijs voor correctie had moeten zorgdragen.⁶⁶

WERKT DERDENBESCHERMING VAN RECHTSWEGE?

In de Nederlandse literatuur bestaat een verschil van inzicht over het rechtskarakter van derdenbescherming: is het een bevoegdheid van de derde om daar gebruik van te maken of vindt bescherming van rechtswege plaats? De discussie was onder het oude recht enigszins vertroebeld omdat art. 2014 (oud) in de verjaringstitel stond en een deel van de argumenten voor werking van rechtswege samenhangen met het feit dat verjaring van rechtswege intreedt.⁶⁷ In ieder geval heeft de wetgever de knoop doorgenhakt voor het NBW. In de MvA II⁶⁸ wordt uitdrukkelijk bepaald dat het een bevoegdheid is

61 MvA II bij art. 3.4.2.3b, PG Boek 3, p. 347; MvA II, PG Inv. Boek 3, p. 1099; Mijnsen, NJB 1983, p. 1232.

62 Deze passage op p. 25-26 handelt over goederen die krachtens een uitsluitingsclausule zijn verkregen, maar de redenering geldt ook in het algemeen, zover deze mogelijke discrepanties tussen (eigendoms)registratie en bestuursbevoegdheid betreft.

63 De Grooth, RM Themis 1957, p. 219, voor de Lex Van Oven; J.M. Polak, prae-advies 1957, p. 17-18 voor het - destijds - toekomstige recht; Van der Burght, WPNR 5656 (1983), p. 392, l.k. Voor de gevolgen van een bestuursverandering door de echtgenoten zelf of door de rechter zie onderdeel 8.3.

64 Mijnsen, NJB 1983, p. 1232; Van Straaten, Kadaster, p. 210.

65 T&C (Huijgen), aantekeningen bij art. 3:25 en 26; Van Straaten, Kadaster, p. 199.

66 PG Inv. Boek 3, p. 1105-1106.

67 Voor vindplaatsen van verschillende meningen zie Chao-Duivis, WPNR 5942 (1989).

68 PG Boek 3, p. 176.

waar de derde gebruik van kan maken. Daarmee vervalt de werking van rechtswege als alternatief.⁶⁹ Dat houdt dus ook in dat de derde ook van bescherming kan afzien en zich kan beroepen op het gebrek in de rechtshandeling.⁷⁰

Daartegen heeft Chao-Duivis zich uitgesproken.⁷¹ Zij vindt dat de rechtszekerheid te zeer in gedrang komt als de geldigheid van rechtshandelingen in de hand van een van de betrokken partijen komt te liggen. Het hangt immers van de opstelling van de derde af of deze zich wil beroepen op een hem ten dienste staande beschermingsbepaling.⁷² Ik ben het in zoverre met haar eens dat dit inderdaad geen ideale situatie is. Anderzijds zal het maar zelden voorkomen dat een derde van bescherming afziet omdat het hem er meestal om gaat dat de rechtshandeling die hij heeft gesloten, ook geldig is. Maar men mag daarop natuurlijk geen argument afkeuren, dat op zich zijn waarde heeft. Ook als de situatie zich maar zelden voordoet, is zij niet ideaal. Toch denk ik dat dit niet voldoende reden is om dan maar contra de wetsgeschiedenis te opteren voor een werking van derdenbeschermingsmaatregelen ex lege. Ten eerste doorbreken deze de hoofdregel dat bij gebreken in de overdracht deze niet geldig is. Ten tweede lijdt ook de echtgenoot van de vervreemder onder deze gang van zaken indien de ‘verkrijger’ wel bereid zou zijn om uit te gaan van de eigenlijk geldende verhoudingen. De echtgenoot van de vervreemder zou in dat geval een recht kwijtraken ten koste van de verkrijger, hoewel deze daar niet eens erg op gebrand is. Het lijkt mij beter dat de wet de mogelijkheid open houdt dat de verkrijger van bescherming kan afzien indien hem dat beter uitkomt. Daarmee legt men inderdaad de beslissingsmacht ten aanzien van de geldigheid van de transactie bij een partij, maar de werkelijke eigendomsverhoudingen krijgen daardoor wel een kans.

SAMENLOOP VAN BESCHERMING VAN ART. 3:24 EN ART. 3:88 BIJ REGISTERGOEDEREN

Het is omstreden of ook in dit geval de hoofdregel van het BW geldt dat alle beschermingsbepalingen naast elkaar mogen worden gebruikt, of dat er een logisch dwingende volgorde bestaat. Rank-Berenschot⁷³ spreekt zich ervoor uit dat bij samenloop van deze bepalingen art. 3:88 moet voorgaan. Dat betekent dat een derde geen bescherming toekomt in het volgende geval dat

69 Desondanks heeft Van Straaten, Kadaster, p. 206, noot 200, de werking van rechtswege voor het nieuwe recht verdedigd.

70 Anders Asser-Beekhuis nr. 534, die juist voor het nieuwe recht de werking van rechtswege wil introduceren. In de nieuwe druk van dit werk is duidelijk gezegd dat het een bevoegdheid betreft waar een derde ook geen gebruik van kan maken. Zie Asser-Mijnssen-De Haan nr. 340.

71 WPNR 5942 (1989).

72 Voor toepassing van deze oplossing in het huwelijksvermogensrecht in verband met de inschrijving in het Huwelijksgoederenregister zie onderdeel 5.1.1, waar ik ook pleit tegen de vrijheid van echtgenoten om door het al dan niet doen van mededelingen aan derden de geldigheid van een rechtshandeling te beïnvloeden.

73 Problemen van samenloop bij de bescherming van verkrijgers van registergoederen, p. 336-337.

Rank-Berenschot bespreekt. Een derde C heeft verkregen van B, en is op de hoogte van een vernietigingsgrond (bijvoorbeeld bedrog) in de relatie A-B. Hij is niet op de hoogte van het feit dat de vernietiging inmiddels heeft plaatsgevonden.⁷⁴ In dat geval zou hij, hoewel hij letterlijk niets weet van de vernietiging, die de titel tussen A en B met terugwerkende kracht teniet doet gaan, toch niet worden beschermd, omdat hij wel op de hoogte is van het wilsgebrek. Hij is dan, aldus Rank-Berenschot, niet te goeder trouw in de zin van art. 3:88, omdat hij de vernietiging had behoren te ontdekken. Door de wetenschap van het wilsgebrek zou hij tot verdergaand onderzoek zijn gedwongen aangaande het feit of degene de een vernietigingsactie kán instellen, dit ook daadwerkelijk met succes heeft gedaan.

Als reden voor deze opvatting - laat art. 3:88 prevaleren boven art. 3:24 - geeft zij dat het niet redelijk zou zijn dat C ondanks zijn wetenschap wordt beschermd ten koste van de bedrogene, A. Het nalaten van A om de vernietiging in te schrijven mag dan niet zwaarder wegen dan de kennis van de derde. Het resultaat is daarbij bescherming van de bedrogene, aldus de schrijfster.

Daartegenover staat de opvatting van de wetgever dat in principe de beschermingsbepalingen naast elkaar staan. Toegegeven moet worden dat de wetgever dit niet expliciet voor deze constellatie uitspreekt, maar is er voldoende reden om voor dit geval van de hoofdregel af te wijken? Ten eerste moet mijns inziens worden bekeken, hoe zwaar de registerbescherming moet wegen. Vindt men enkel het feit dat iemand inschrijving achterwege laat, voldoende om tot bescherming van de derde te komen tegen dit niet-ingeschreven feit? Zoals ik ook verderop voor het huwelijksgoederenregister zal betogen,⁷⁵ lijkt mij dit inderdaad terecht.⁷⁶ Enerzijds speelt de gedachte dat men ook langs andere weg zijn belangen had kunnen veiligstellen, bijvoorbeeld door de vernietiging door te geven aan de derde vóór de levering. Maar men moet dan wel de moeite doen om erachter te komen wie die derde is. Inschrijving lijkt mij dan nog eenvoudiger.

Ten tweede komt het de rechtszekerheid ten goede als alleen de inschrijving doorslaggevend is, afgezien van gevallen waar positieve kennis omtrent de vernietiging bij de derde voorhanden is, maar art. 3:24 zorgt er al voor dat daar geen bescherming kan worden verleend. Zou men de mogelijkheid openen om de revindicatie door te zetten in de bovenstaande casus dan zou tijdens de procedure waarin de kennis van het wilsgebrek moet worden vastgesteld, onzekerheid heersen omtrent de eigendomspositie ten aanzien van het desbetreffende goed. Een dergelijke vernietigingsactie kan tot 3 jaren na het ontdekking van het bedrog worden ingesteld, art. 3:52 lid 1 sub c. Bij een

74 Rank-Berenschot, Problemen van samenloop bij de bescherming van verkrijgers van registergoederen, p. 334 e.v.

75 Zie onderdeel 5.1.1.

76 Anders Wiersma, WPNR 6068 (1992).

registergoed mag alleen de gerechtelijke weg van de vernietiging worden gevolgd, zodat ook gedurende het proces de onzekerheid zou blijven voortbestaan. Geen vrolijk stemmend vooruitzicht!

Deze praktische argumenten doen mij besluiten dat men hier aan de hoofdregel van het naast elkaar-bestaan van de beschermingsmaatregelen zou moeten vasthouden. Dat betekent concreet dat de derde die op de hoogte is van het feit dat de feitelijke constellatie voorhanden is die aanleiding zou kunnen geven tot het instellen van een vernietigingsactie niet te goeder trouw is in de zin van art. 3:88 j° 3:11. Wordt de actie daarna daadwerkelijk ingesteld dan levert dit een inschrijfbaar feit op, zie art. 3:17 lid 1 sub f. Laat de bedrogene, om bij de casus te blijven, inschrijving van dit feit achterwege dan begint art. 3:24 te werken: de derde kan zich, hoewel hij in het kader van 3:88 j° 3:11 daarvoor niet te goeder trouw was, nu beroepen op art. 3:24, omdat dit artikel het criterium 'kennis' hanteert. Slechts als de derde weet dat A de actie heeft ingesteld, is aan dit vereiste voldaan. Weet de derde alleen van de mogelijkheid van het instellen van de actie maar niet van het feit dat de actie inmiddels ook is ingesteld, dan blijft mijns inziens een beroep op art. 3:24 mogelijk. Op dat moment vindt invulling van het criterium 'goede trouw' van art. 3:88 niet meer plaats door art. 3:11 maar door art. 3:24. Het is wel sneu voor de oorspronkelijke eigenaar A, die als gevolg van deze gang van zaken zijn recht kwijtraakt, maar helemaal onschuldig hieraan is hij niet.⁷⁷

Mijns inziens doet ook het bepaalde in art. 7:15 BW hieraan niets af. Hoewel in de literatuur de opvatting te vinden is dat art. 3:23 e.v. niet werkt in de verhouding vervreemder-koper,⁷⁸ lijkt het mij niet juist dat slechts iemand (C) die van degene (B) verkrijgt die het goed heeft verkregen van degene die de inschrijving heeft nagelaten of gegevens foutief in het register terecht heeft laten komen (A) ex art. 3:24 beschermd zou worden tegen deze fout. Het is juist dat alleen B ex art. 7:15 beschermd kan worden tegen feiten die A hem niet heeft medegedeeld hoewel hij daartoe wel verplicht was. Indien B niets wist van dit manco aan het goed dan kan B mijns inziens wel een beroep doen op art. 3:24. Men kan zich daarbij voorstellen dat voor de overdracht A-B een vernietigingsactie was ingesteld in de relatie tussen A en zijn voorganger. Zegt A daar niets over tegen B, die er niet langs andere weg kennis van had, dan zal de voorganger van A niet bij toewijzing van de vernietiging kunnen zeggen, dat B geen eigenaar meer is omdat A ook nooit eigenaar was geworden. Hij kan niet zeggen dat B nader onderzoek had moeten verrichten in het kader van art. 3:88. Het gevolg van een geslaagd beroep van B op art. 3:23 j° 24 betekent voor de relatie A-B, dat de overdracht in stand blijft en de verkrijger dus geen schade heeft. B kan A derhalve niet aanspreken tot scha-

77 Tot dezelfde uitkomst als ik komen ook o.a. Braams, Kwartaalbericht NBW 1990, p. 80-81, en Asser-Mijnssen-De Haan nr. 407.

78 Zie M.M. van Rossum, diss., p. 141; Asser-Schut-Hijma nr. 274.

devergoeding op grond van het verzaken van de mededelingsplicht, omdat B geen schade heeft. Wil B vervolgens het registergoed vervreemden aan C, dan verkrijgt C op grond van art. 3:84 BW, omdat zijn voorman, B, beschikingsbevoegd was. De kennis van C is daarbij niet meer relevant.⁷⁹

3.3 Mogelijkheden voor de andere echtgenoot bij bestuursoverschrijdingen

Tot nu toe is de aandacht geconcentreerd op de verhouding tussen de derde en de bestuursonbevoegde echtgenoot. Voor de derde is tevens de relatie tot de bestuursbevoegde echtgenoot van belang, omdat deze ook tegen een derde te goeder trouw enige rechten kan uitoefenen.⁸⁰

Om te beginnen kan een bestuursbevoegde echtgenoot de afgifte van een art. 3:86-zaak tegenhouden als de andere echtgenoot de zaak feitelijk wil leveren aan een derde, art. 3:90 lid 1.⁸¹ Het gevolg is dat de derde niet beschermd wordt omdat art. 3:86 hiervoor een geldige levering door bezitsverschaffing ex art. 3:90 vereist.⁸²

Een voorbeeld: Anton verkoopt aan Chris een schilderij, dat onder bestuur van Antons echtgenote Beate staat. Chris is te goeder trouw. Voordat Anton het schilderij aan Chris heeft afgegeven hoort Beate van de verkoop en grijpt zij in: zij stelt Chris op de hoogte van haar bestuursbevoegdheid waardoor hij niet meer eigenaar kan worden van het schilderij op grond van een derdenbeschermingsregel, omdat hij er niet meer van mag uitgaan dat Anton bevoegd is en bovendien weigert zij het schilderij mee te geven, art. 1:92 lid 2. Art. 3:86 werkt hier niet omdat dit artikel betrekking heeft op gevallen waarin de levering reeds heeft plaatsgevonden. In casu is slechts de overeenkomst gesloten en moet het bezit van het goed nog worden verschaft aan de verkrijger.

79 Art. 7:15 is wel relevant indien bijvoorbeeld een verjaring heeft plaatsgevonden, die niet onder de inschrijfbare feiten valt die vallen onder de sanctie van art. 3:24 BW, zie art. 3:24 lid 2 sub e). Zou de vervreemder dit verzwijgen waardoor de koper nadeel ondervindt, dan kan de koper zijn wederpartij wegens wanprestatie aanspreken en vergoeding vorderen van de schade die hij geleden heeft. Zie M.M. van Rossum, diss., p. 141.

80 Ik laat daarbij de verhouding tussen de echtgenoten onderling buiten beschouwing voorzover zij niet van invloed is op de positie van derden. Ten aanzien van bestuursoverschrijdingen die privé-goederen van de andere echtgenoot betreffen, kan eventueel een onrechtmatige daad-actie worden ingesteld. Ten aanzien van bestuursoverschrijdingen betreffende gemeenschapsgoederen kan dat niet, aldus de heersende leer. PG Aanpassing BW, p. 41; Schoordijk, Misbruik van contractsbevoegdheid door een in algehele gemeenschap gehuwde echtgenoot onder het Nieuw BW, p. 112 e.v.; zie ook Asser-Moltmaker, nrs. 345-347 met verdere verwijzingen naar opvattingen in literatuur en jurisprudentie. Kritisch Van der Burght, WPNR 5656 (1983), p. 389-390 en WPNR 5886 (1988), p. 518.

81 PG Aanpassing BW, p. 41.

82 Zie voor de vraag of de andere echtgenoot houder of bezitter is al dan niet met de mogelijkheid om zijn bezit c.p. over te dragen, onderdeel 3.1.

Verstappen⁸³ vraagt zich af of de bestuursbevoegde echtgenoot de bevoegdheid toekomt om de levering te blokkeren. Hij komt tot een positieve beantwoording van deze vraag met een beroep op Schoordijk⁸⁴ die ook van mening is dat de bestuursbevoegde echtgenoot niet tot (af)levering kan worden gedwongen. Deze opvatting lijkt mij juist.⁸⁵ Het is natuurlijk wel zo dat de bestuursbevoegde echtgenoot dan binnen een redelijke termijn actie moet ondernemen, omdat hij anders de bevoegdheid tot ingrijpen verliest.⁸⁶ Een aanvullend argument kan wellicht worden gedestilleerd uit het bestaan van art. 1:92. Indien de andere echtgenoot steeds tot nakoming kan worden gedwongen dan zou art. 1:92 niet nodig zijn om derden te beschermen bij de eigendomsverkrijging. Bij elke overdracht of vestiging van beperkte rechten zou de bestuursbevoegde echtgenoot immers tot medewerking kunnen worden gedwongen, waardoor de goederenrechtelijke handeling door de beschikkingsbevoegde echtgenoot verricht zou worden.

Opmerking verdient dat de gestelde goede trouw van Chris geen bescherming biedt tegen het ingrijpen van Beate. Art. 1:92 lid 2 geeft haar deze bevoegdheid juist bij een derde te goeder trouw. Goede trouw is alleen relevant voor de verkrijging van een goed van een onbevoegde omdat alle derdenbeschermingsmaatregelen deze eis stellen.⁸⁷ Bij een huurovereenkomst die gesloten is door een echtgenoot die niet bevoegd is het goed te besturen,⁸⁸ kan de bestuursbevoegde echtgenoot altijd ingrijpen, mits hij dit snel genoeg doet, namelijk binnen de in art. 1:92 lid 2 gestelde redelijke termijn nadat hem de stoornis van zijn bestuur te zijner kennis is gekomen. Daaruit kan mijns inziens à contrario worden afgeleid dat ingrijpen ook na afloop van die termijn mogelijk is bij derden die niet te goeder trouw waren ten aanzien van de onbevoegd verrichte bestuurshandeling. De derde heeft dan alleen de mogelijkheid om aan de bestuursbevoegde een termijn te stellen waarbinnen deze gebruik moet maken van zijn recht tot ingrijpen.⁸⁹ Van der Burght vindt dit laatste een te harde maatregel als het een derde te kwader trouw betreft.⁹⁰ In deze variant zou hij een verzoek van de derde meer gepast vinden. Hij doet

83 FJR 1991, p. 270.

84 RM Themis 1983, p. 251 en Misbruik van contractsbevoegdheid door een in algehele gemeenschap gehuwde echtgenoot onder het huwelijksgoederenrecht naar Nieuw BW, p. 119.

85 Zie Van der Burght, Reparaties op volle zee, p. 53. Anders Soons, oratie Leiden, p. 7 noot 18, met een beroep op de parlementaire geschiedenis, die deze bepaling niet van toepassing acht op leveringshandelingen.

86 PG Aanpassing BW, p. 41, zal naast de problemen omtrent de schadevergoeding wegens wanprestatie ook dit aspect bedoelen wanneer wordt gezegd dat daadwerkelijk ingrijpen maar zelden zal voorkomen.

87 Van der Burght, WPNR 5656 (1983), p. 391.

88 Daarmee wordt het nog geen onbevoegdlijk gesloten huurovereenkomst, omdat door het sluiten van de overeenkomst geen bestuursbevoegdheden worden uitgeoefend. Alleen de feitelijke ter beschikkingstelling van het goed is een bestuurshandeling.

89 Kleijn/Van Duijvendijk-Brand, p. 38. Deze termijn zal volgens de MvT, p. 39, veelal zeer kort zijn, aldus Van Veen. Dat lees ik niet zonder meer in de term 'redelijke termijn'.

90 WPNR 5656 (1983), p. 392.

daarbij een beroep op art. 3.2.18 (oud), nu art. 3:55, maar dit artikel kent ook aan de gestelde termijn het karakter van een vervaltermijn toe. Na afloop van die termijn is de partij gebonden die had moeten reageren.⁹¹ Dit is dus geen erg sterk argument. Ik denk dat in noodgevallen de rechter met de eis dat het een redelijke termijn moet zijn, de belangen van de bestuursbevoegde echtgenoot voldoende kan beschermen.

Dat deze afweging niet zo makkelijk is blijkt al uit de MvT II.⁹² Van der Burght⁹³ maakt een onderscheid naargelang de echtgenoot meewerkte aan de bestuursoverschrijding of niet. Toegespitst op het voorbeeld van de onbevoegde terbeschikkingstelling van een verhuurde kamer in een huis wordt dan gekeken of die echtgenoot de kamerhuurder in het huis toeliet. In het kader van de rechtsverwerkingsgedachte, die de Minister als basis noemt, levert dit mijns inziens geen problemen op. De wederpartij krijgt in het geval van een 'dwarsliggende' echtgenoot gelijk het idee dat deze het niet eens is met hetgeen de onbevoegde echtgenoot heeft gedaan. Rechtsverwerking zal dan minder snel ter sprake komen dan wanneer de echtgenoot niet gelijk de huurder het gehele verdere gebruik ontzegt. Uit de bevoegde echtgenoot zijn onwil gelijk bij het ter beschikking stellen van de kamer dan is er zelfs sprake van een derde niet te goeder trouw. In dat geval heeft de echtgenoot die iets wil ondernemen tegen de stoornis in zijn bestuur, een minder strikte termijn om hiermee een begin te maken, lijkt mij. Anders liggen de zaken wellicht wanneer de bevoegde echtgenoot in eerste instantie de huurder binnen laat zonder iets tegen hem van zijn onwil te laten blijken en pas na geruime tijd (bijvoorbeeld als hij het beu is omwille de huiselijke vrede zijn mond te houden) een beroep doet op zijn bestuursbevoegdheid.

Als wij weer teruggaan naar de casus van het verkochte schilderij dan blijkt dat Beate niet wil meewerken aan de uitvoering van de overeenkomst en dit ook niet kan worden afgedwongen. Het voor de hand liggende gevolg is dat Anton wanprestatie moet plegen.⁹⁴ Als nog geen levering heeft plaatsgevonden, heeft Anton geen eigendom aan Chris verschaft.⁹⁵ Hiertoe had hij zich bij het sluiten van de koopovereenkomst verplicht, zie art. 7:9. Chris zal een wanprestatie-actie kunnen instellen, waarbij een eventuele schadevergoedingsvordering op Antons vermogen verhaald kan worden. Zijn Beate en Anton in gemeenschap gehuwd, dan valt de vordering in de gemeenschap en

91 T & C (Hijma), aant. 3 bij art. 3:55.

92 PG Aanpassing BW, p. 49.

93 WPNR 5656 (1983), p. 391-392.

94 Dit zou ook gelden voor een blokkering van de feitelijke terbeschikkingstelling dan wel afgifte bij een huur- of bruikleenovereenkomst.

95 Ik ga er bij dit voorbeeld van uit dat Anton (mede)bezitter van het schilderij is, zie onderdeel 1.2.3. Als men aanneemt dat hij slechts houder voor Beate is, dan zou hij niet via de wegen van art. 3:115 bezit aan de derde kunnen verschaffen; dat zou slechts via feitelijke overgave mogelijk zijn. Na de feitelijke overgave is Chris eigenaar geworden omdat hij dan aan alle vereisten van art. 3:86 heeft voldaan. Schoordijk, Vermogensrecht, Boek 3, p. 110, wijst voor dit geval op de vangnet-functie van art. 3:36. Zie over dit artikel uitvoeriger onderdeel 3.2.2.

wordt het een gemeenschapsschuld.⁹⁶ Vooral voor dit soort gevallen, waarin de bestuursbevoegde echtgenoot via zijn deel van de gemeenschap moet bijdragen in de voldoening van de schadevergoedingsvordering die is ontstaan door handelingen van zijn echtgenoot, is de regeling van art. 1:90 lid 4 geschapen.

TOETREDING BIJ ONBEVOEGD VERRICHTTE (BESTUURS)HANDELINGEN, ART. 1:90 LID 4 BW

De bestuursbevoegde echtgenoot kan besluiten dat het voordeliger is om de overeenkomst na te komen, die zijn eega heeft gesloten. Art. 90 lid 4 opent de mogelijkheid van toetreding tot de overeenkomst. Hij wordt hierdoor medeschuldenaar en kan de verbintenis nakomen overeenkomstig art. 6:27 en is niet onderworpen aan de regel van art. 6:30 (voldoening van de verbintenis door een derde).⁹⁷

Kraan⁹⁸ wijst er op dat toetreding bij beschikkingshandelingen ten aanzien van onroerend goed een noodzakelijke rechtsfiguur is, omdat daar alternatieven, bijvoorbeeld handelen zonder dat daartoe een juridische verplichting voor de bevoegde echtgenoot bestaat, of handelen op grond van een vermeende vertegenwoordiging door de handelende echtgenoot, geen soelaas bieden. Het leveren van een registergoed, zonder partij te zijn bij de obligatoire overeenkomst, kan niet tot overdracht leiden, omdat er tussen de bevoegde echtgenoot en de derde geen titel is. Dit laatste is op zich juist maar het lijkt mij in de praktijk een minder groot probleem te zijn. Handelen op grond van vermeende of impliciete volmacht kan alleen dan niet tot succes leiden indien niet aan de geldende vormvoorschriften is voldaan; overigens zie ik geen reden waarom door (impliciete) bekrachtiging niet een juridische band tussen de derde en de bevoegde echtgenoot zou kunnen ontstaan, art. 3:69. Bij levering van een registergoed is immers de volmacht vormvrij.⁹⁹ Ik kan Kraan niet volgen in zijn redenering dat dit probleem in het bijzonder zou optreden bij beschikkingshandelingen ten aanzien van registergoederen.

Als de bekrachtiging wel aan de vereiste vorm voldoet, dan is de volmacht geldig, art. 3:69 lid 2. Dit zal vooral bij de hypotheekverlening een rol spelen in verband met art. 3:260 lid 3, en dan komt de rechtshandeling alsnog geldig tot stand.

Schoordijk¹⁰⁰ is van mening dat de derde ook van de bestuursbevoegde

96 Soons, oratie Leiden, p. 7; PG Aanpassing BW, p. 43.

97 Soons, JBN januari 1993, nr. 7, wijst erop als de nakoming een levering van een registergoed betreft, de toetreding in dezelfde vorm moet geschieden als art. 3:89 voor de levering voorschrijft. Dit geldt naar mijn mening ook algemeen voor andere rechtshandelingen die vormgebonden leverings- of andere beschikkingshandelingen betreffen.

98 P. 59-60.

99 Pitlo/Reehuis-Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 191, met verwijzingen naar jurisprudentie en parlementaire geschiedenis.

100 RM Themis 1983, p. 263-264.

echtgenoot moet kunnen verlangen dat hij tot de overeenkomst toetreedt, als deze echtgenoot niet van de mogelijkheden van art. 92 lid 2 gebruik maakt. Anders blijft een derde in een soort juridisch vacuüm zitten omdat wel uitvoering aan een overeenkomst is gegeven, maar zonder dat dit een juridische basis heeft.¹⁰¹ Juist als de bestuursoverschrijding de uitvoering van een pacht- of huurovereenkomst betreft dan is het in het belang van de derde dat hij het object door een bestuursbevoegde ter beschikking gekregen heeft. Als hij toetreding vordert van de bestuursbevoegde echtgenoot dan weet hij duidelijk dat hij het goed van de bestuursbevoegde heeft gepacht of gehuurd en dat het door deze ook feitelijk ter beschikking is gesteld.

Verstappen¹⁰² vraagt zich af of de mogelijkheid van toetreding alleen betrekking heeft op *bestuurshandelingen* die de andere echtgenoot onbevoegdelyk was aangegaan, of dat deze mogelijkheid ook bestaat voor andere obligatoire rechtshandelingen. Verstappen komt door het voorbeeld uit de parlementaire geschiedenis¹⁰³ (waarbij de echtgenoot kan toetreden tot een huurovereenkomst hoewel slechts het feitelijk ter beschikking stellen van het verhuurde object onder bestuur valt) tot de conclusie dat toetreding ook tot dit soort rechtshandelingen mogelijk moet zijn.

De wet spreekt in art. 90 lid 4 van 'een rechtshandelingen die deze laatste (de niet bestuursbevoegde echtgenoot, BER) tot dat goed heeft verricht'. Dit ondersteunt de opvatting van Verstappen. Deze lijkt mij overigens juist omdat anders bij rechtshandelingen die slechts feitelijke bestuurshandelingen tot gevolg hebben, de toetreding onmogelijk zou zijn.

De Vaste Commissie in haar Voorlopig Verslag en de Minister in de MvA wijzen in dezelfde richting: toetreding was in eerste instantie bedoeld ten aanzien van de obligatoire rechtshandeling, maar moet niet worden uitgesloten ten aanzien van de goederenrechtelijke overeenkomst.¹⁰⁴

Dit leidt ertoe dat de goederenrechtelijke overeenkomst bij toetreding mede door de bestuursbevoegde echtgenoot wordt gesloten, waardoor voor de derde een normale eigendomsverkrijging via 3:84 mogelijk is, indien toetreding ook tot de obligatoire overeenkomst had plaatsgevonden. In dat geval zijn beide echtgenoten schuldenaar ten aanzien van de verbintenis tot levering van het goed, welke door beiden wordt nagekomen.

Voor de bestuursbevoegde echtgenoot is het mijns inziens gunstiger als hij tot de koopovereenkomst toetreedt omdat hij daardoor medeschuldeiser wordt ten aanzien van de koopprijs, maar dit laatste is enigszins omstreden. Van Mourik en Kraan¹⁰⁵ gaan ervan uit dat na toetreding bij de koop elk der echtgenoten de prestatie voor het geheel kan vorderen. Kraan lijkt het voor de

101 Ik ga er in het navolgende van uit dat er geen sprake is van een geldige volmacht.

102 FJR 1991, p. 270.

103 PG Aanpassing BW, p. 49.

104 PG Aanpassing BW, p. 44, 45.

105 Van Mourik, WPNR 5640 (1983), p. 106 noot 24; Kraan, p. 59.

hand te liggen dat bij onenigheid tussen de echtgenoten de toetredende echtgenoot ook zelfstandig de tegenprestatie moet kunnen vorderen omdat deze onder zijn bestuur moet komen. De literatuur laat zich maar spaarzaam uit over dit punt. Enerzijds is dit te verklaren uit de omstandigheid dat er in een eerdere versie van dit artikel sprake was van 'bekrachtiging'. Hierop werd veel commentaar geleverd,¹⁰⁶ zodat later in de Tweede Nota van Wijziging¹⁰⁷ de term werd veranderd in 'toetreding'.

Deze kwestie is slechts een detail, maar mijns inziens wel een belangrijk detail. Neemt men aan dat de toetredende echtgenoot partij wordt naast de echtgenoot die oorspronkelijk de obligatoire overeenkomst had gesloten, dan kan dat de weg openen voor compensatie van een schuld die de derde had bij de toetredende echtgenoot. In ons voorbeeld zou dat inhouden dat de vordering van de derde ten aanzien van de koopprijs gecompenseerd zou kunnen worden met een vordering die de andere, de toetredende, echtgenoot, op de derde had. Vóór de toetreding was dat niet mogelijk, omdat compensatie alleen plaats kan vinden tussen twee partijen die over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn, art. 6:127.

Bij een echtpaar dat in gemeenschap van goederen is gehuwd, kan deze compensatie voor beide echtgenoten voordelig zijn. Betreft het een gemeenschapsschuld (in ons voorbeeld de vordering tot betaling van de koopprijs, die in de gemeenschap valt), alsook een vordering die in de gemeenschap valt, maar staat de vordering niet onder bestuur van de echtgenoot-debiteur dan is geen compensatie mogelijk, zo neemt de heersende leer aan.¹⁰⁸ Uit de tekst van de wet en de MvA II is af te leiden dat toetreding een bevoegdheid van de bestuursbevoegde echtgenoot betreft.¹⁰⁹ Als deze daarvan gebruik maakt dan heeft de wederpartij mijns inziens geen mogelijkheid om dit te verhinderen. Compensatie kan dan ook tegen diens wil worden bewerkstelligd.

Een ander probleem dat wordt veroorzaakt door deze theorie van het dubbele schuldeiserschap is de vraag, wie bestuursbevoegd wordt over de tegenprestatie. Strikt geredeneerd zou de tegenprestatie onder het bestuur van beide echtgenoten gezamenlijk komen, omdat zij haar beiden verkrijgen. Dat is

106 O.a. verwoord in het Voorlopig Verslag van de vaste commissie van Justitie, PG Aanpassing BW, p. 43-44. Van Mourik bepleitte gebruik van de term "toetreding" in plaats van "bekrachtiging", WPNR 5640 (1983), p. 106.

107 Zie PG Aanpassing BW, p. 44-46. De oorspronkelijke term 'bekrachtiging' is minder geschikt omdat hier iets anders wordt bedoeld dan op andere plaatsen in het wetboek waar deze term ook wordt gebruikt. Uiteindelijk is gekozen voor 'toetreding' hetgeen meer de bedoeling van de wetgever tot uiting brengt. Luijten, Personen- en familierecht II, p. 38 (1992), schrijft nog over bekrachtiging en werkt uit waarin deze hier verschilt van de bekrachtiging van de art. 3:58 en 3:69.

108 Zie Klaassen-Eggens-Luijten, p. 120 en noot 129 moet verdere verwijzingen; Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 219. Anders: Schoordijk, Rechtsvraag WPNR 5612 (1982). Hij keert zich tegen deze constructie omdat hij de gemeenschap als rechtspersoon kwalificeert, vergelijk RM Themis 1966, p. 94 e.v. en WPNR 5117-5118 (1971).

109 PG Aanpassing BW, p. 44.

geen bevredigend antwoord omdat op deze wijze de echtgenoot die een bestuursoverschrijding pleegt, daarvoor wordt beloond met een uitbreiding van zijn bestuursareaal, al moet hij het bestuur dan wel delen over dit goed. Voor echtgenoten die in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, geeft de zaaksvervangingsregel van art. 1:97 een oplossing, aldus Van Duijvendijk-Brand.¹¹⁰ De echtgenoot die voor de bestuursoverschrijding het bestuur had over het goed, krijgt ook in deze constellatie weer het bestuur over de tegenprestatie.

BESTUURSOVERSCHRIJDINGEN BIJ VORDERINGEN AAN TOONDER EN ORDER

Hoe is de situatie als het een vordering aan toonder of order betreft? Bij de toondervordering kan net als bij een roerende zaak de afgifte worden verhinderd, omdat dit het constituerende element van de levering is, art. 3:93. Bij de ordervordering moet afgifte en endossement door de houder, zijnde de laatstgeëndosseerde, plaatsvinden om de vordering over te dragen, art. 3:93, vergelijk ook de tweede afdeling en de 13^e afdeling van de zesde titel van het WvK. Indien het laatste endossement blanco is, is afgifte van het orderbriefje voldoende, art. 112 j^o 113 f 176 WvK. Slechts in dit geval kan de andere echtgenoot zich ten onrechte als rechthebbende gedragen. Luidt het laatste endossement namelijk op naam van de andere echtgenoot dan hebben wij te maken met een vordering die duidelijk aan een der echtgenoten toebehoort. Bescherming van een derde die desondanks aanneemt dat de echtgenoot die het papier wel in handen heeft, maar wiens naam niet als laatste staat vermeld, bevoegd zou zijn, is dan niet aan de orde vanwege het gemis aan goede trouw bij de verkrijger, zie hiervoor.

Schoordijk is een derde te kwader trouw in bepaalde gevallen niet gunstig gezind: als hij meewerkt aan een onrechtmatige daad van de ene echtgenoot tegen de andere en dit voor de derde evident was, dan bepleit Schoordijk dat als passende schadevergoeding door de rechter aan de derde wordt verboden, een eis tot nakoming van de overeenkomst en een eventueel daaraan verbonden boetebeding in te stellen.¹¹¹ Ik denk dat dit in de lijn van de Pos-Van den Bosch en Curaçao-Boyé-jurisprudentie van de Hoge Raad¹¹² uitstekend past: het aanzetten tot het plegen van wanprestatie ligt qua onrechtmatigheid dicht bij het aanzetten tot een bestuursoverschrijding en als alternatieve schadevergoeding wordt dan het nakomen van de eigenlijke verplichting gesteld, art. 6:103 BW. Op deze wijze komt men aan de bovengenoemde discussie

¹¹⁰ Diss., p. 48.

¹¹¹ Misbruik van contractsbevoegdheid door een in algehele gemeenschap gehuwde echtgenoot onder het huwelijksgoederenrecht naar Nieuw BW, p. 123.

¹¹² HR 17 november 1967, NJ 1968 42 mnt. GJS en HR 17 mei 1985, NJ 1986 760 mnt. CJHB en WMK; recent HR 10 november 1995, NJ 1996 270 mnt. PAS over de doorbreking van een kettingbeding.

niet toe, omdat de derde helemaal geen recht heeft op de nakoming. De kwalijke gevolgen voor de gemeenschap blijven dan uit, en de bevoegde echtgenoot kan door de andere echtgenoot niet meer klem worden gezet.

3.4 Vestiging van beperkte rechten door een bestuursonbevoegde echtgenoot op art. 3:86 goederen

In de voorgaande onderdelen zijn de gevolgen besproken van een bestuursoverschrijding die bestaat uit het verrichten van een vervreemdingshandeling of de (tijdelijke) afgifte van het goed ter uitvoering van bijvoorbeeld een huurovereenkomst. Het is natuurlijk ook mogelijk dat onbevoegdelyk een beperkt recht ten bate van een derde wordt gevestigd. Wat betekent dit voor de positie van die derde? In het algemeen zwijgt de literatuur op dit punt. Een mogelijke verklaring voor dit zwijgen zou zijn dat de positie van de derde dezelfde is als bij de verkrijging van een eigendomsrecht. In dit onderdeel wordt nader onderzocht of dit inderdaad het geval is. Daarbij wordt in het bijzonder gekeken naar de invloed van de oorzaak van de beschikkingsonbevoegdheid: het feit dat de andere echtgenoot het bestuur over het desbetreffende goed heeft, of een oorzaak uit het algemene vermogensrecht.

3.4.1 Derdenbescherming bij vestiging van vruchtgebruik

In titel 3.8 BW vinden wij geen speciale bepalingen ten aanzien van de eis dat degene die een recht van vruchtgebruik vestigt, bevoegd moet zijn om over het goed te beschikken. Door de systematiek van het BW is dit ook niet noodzakelijk, omdat deze eis is af te leiden uit art. 3:84 j° 3:98. De algemene vereisten voor de overdracht van een eigendomsrecht (titel, beschikkingsbevoegdheid en leveringshandeling) worden via een schakelbepaling ook van toepassing verklaard op de vestiging van een beperkt recht op een goed.

Werkt deze schakelbepaling ook ten aanzien van de algemene derdenbeschermingsregel, art. 3:86, indien degene die het vruchtgebruik wil vestigen, niet aan de genoemde eisen voldoet? De MvA II¹¹³ bevestigt dit in zeer korte bewoordingen waarbij à contrario wordt verwezen naar de bijzondere derdenbeschermingsregel bij pand. Uit de afwezigheid van speciale regels bij vruchtgebruik zou zijn af te leiden dat bij vruchtgebruik de regeling van art. 3:86 via de schakelbepaling onverkort geldt. Anders zou helemaal geen derdenbescherming bij vestiging van dit beperkte recht mogelijk zijn.¹¹⁴

Uit de analoge toepassing van titel 3.4 op vruchtgebruik volgt naar mijn mening ook een analoge werking van de verlichte goede trouw-eis van

¹¹³ PG Boek 3 p. 406; zie ook T & C (Rank-Berenschot) aant. 2 bij art. 3:98.

¹¹⁴ Zo ook Brahn, Mon. NBW B-6b, p. 55-56.

art. 1:92 bij art. 3:86. Het zou inconsistent zijn indien de derde bij de verkrijging van de volledige eigendom van een bestuursonbevoegde wel beschermd zou worden door art. 3:86 j° 1:92 (dus inclusief verlichte goede trouw-eis) terwijl dat bij een minder vergaande handeling zoals het vestigen van een beperkt recht niet het geval zou zijn.

Een opmerking tenslotte over het vereiste van bezitsverkrijging dat art. 3:86 stelt door de link naar art. 3:90. Dit houdt in dat bij derdenbescherming in het geval van eigendomsverkrijging van een goed het bezit ervan moet zijn verkregen. Bij de bescherming van de verkrijger van een vruchtgebruik moet deze het bezit van het recht van vruchtgebruik hebben verkregen. Hij moet zich als vruchtgebruiker gedragen. Het is natuurlijk niet de bedoeling dat hij het bezit van het goed zelf verkrijgt. De vruchtgebruiker verkrijgt tenslotte nooit het bezit van het goed waarop hij vruchtgebruik heeft; hij wordt steeds houder.¹¹⁵

Ik ben van mening dat door het verschaffen van het bezit van het recht van vruchtgebruik en het verschaffen van de feitelijke macht over het goed, in combinatie met goede trouw (ingevuld door 1:92) en een tegenprestatie de vruchtgebruiker moet worden beschermd tegen beschikkingsonbevoegdheid van de echtgenoot die hem het vruchtgebruik heeft verschaft. Bij vruchtgebruik om niet treedt dan geen bescherming op, maar dat past in het systeem van 3:86. Bij schenkingen van het goed zelf wordt de begiftigde ook niet beschermd tegen beschikkingsonbevoegdheid van de schenker. Waarom zou dan bescherming bij ‘schenking van de vruchten’, waar een vruchtgebruik om niet eigenlijk op neerkomt, wel bescherming plaatsvinden? Het bovenstaande laat toepassing van art. 3:36 onverlet, dat ook bij rechtshandelingen om niet bescherming kan geven.

3.4.1.1 Lex specialis beschermt tegen onbevoegdheid van de pandgever bij vuistpand

Afdeling 3.9.1 bevat wel een aparte derdenbeschermingsbepaling voor het geval dat een pandrecht door een beschikkingsonbevoegde pandgever wordt gevestigd.¹¹⁶ Art. 3:238 beschermt de pandhouder van een *vuistpand* op een roerende zaak of een toonder- of geëndosseerd orderpapier, indien hij te goeder trouw was op het moment dat de zaak of het papier in zijn macht kwam.¹¹⁷ Voor vuistpand op een orderpapier is afgifte van het papier en pand-

¹¹⁵ Pitlo/Reehuis-Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 684.

¹¹⁶ Brahn, Mon. NBW B-6b, p. 56; Molenaar, Mon. NBW B-12a, p. 15 e.v. voor vuistpand op bijzondere zaken.

¹¹⁷ Verpanding van overgedragen vorderingen op naam komt erg zelden voor. Zie voor details Molenaar, Mon. NBW B-12a, p. 64. Voor ons onderwerp is deze categorie minder van belang, omdat bij echtgenoten een eventuele bescherming via art. 3:88 niet werkt, omdat de bestuursonbevoegdheid niet een gebrek is dat dit artikel heelt. Anders komt deze mogelijkheid wel in aanmerking, mits aan alle vereisten is voldaan en kan een manco in de beschikkingsonbevoegdheid wel geheeld worden.

endossement vereist.¹¹⁸ Indien een der tussenliggende endossementen vals is, dan geldt voor verpanding (net als bij vervreemding van de vordering) dat de derde de uit die valsheid voortvloeiende beschikkingsonbevoegdheid niet tegen zich hoeft te laten werken. Een vals pand-endossement zal net als een vals endossement bedoeld voor de levering van de vordering, nauwelijks voorkomen, zie onderdeel 3.1.¹¹⁹

De vestiging van een vuistpandrecht door een onbevoegde echtgenoot kan derhalve onder dezelfde voorwaarden plaatsvinden als de vervreemding van de zaak. Deze parallellie treft men ook in het algemene vermogensrecht aan. Mijns inziens kan ook hier de goede trouw door 1:92 worden ingevuld. Het feitelijke houderschap van de zaak of het papier is voldoende om aan te nemen dat de houder tevens bevoegd is om over de zaak te beschikken, zolang er geen bijzondere omstandigheden zijn die in een andere richting wijzen. De ratio van de vervanging van de 3:11-goede trouw door die van art. 1:92 weegt bij vervreemding en bezwaring van een goed even zwaar. Ik zie geen reden voor een verschil in derdenbescherming bij vervreemding van een goed en de vestiging van beperkte rechten op dat goed. Dit argument wint aan kracht als men in aanmerking neemt dat de wetgever zelf een parallellie heeft geschapen tussen de vervreemding van de eigendom als compleet recht en de vestiging van een beperkt recht¹²⁰ door de schakelbepaling van 3:98. Het zou dan mijns inziens inconsequent zijn om in het ene geval de goede trouw-eis van art. 3:11 wel en in het andere geval niet door 1:92 te vervangen.

De beschikkingsonbevoegdheid kan compleet zijn, de pandgever is dan onbevoegd om op welke wijze dan ook over het goed te beschikken. Van deze vorm wordt in het algemeen uitgegaan, zo ook in het bovenstaande. Het is ook mogelijk dat de pandgever wel bevoegd is om over het goed te beschikken, maar deze bevoegdheid beperkt is doordat er al een stil pandrecht op het goed rust. In dit laatste geval is de vraag of de vuistpandhouder een pandrecht op een goed krijgt waarop al een pandrecht rust. De vuistpandhouder hoeft zich geen zorgen te maken; er vindt rangwisseling plaats, waardoor het vuistpand in rang voorgaat op het stil pandrecht dat al eerder op het goed was gevestigd, art. 3:238 lid 2.¹²¹

Strikt genomen valt onder de categorie van compleet onbevoegden ook de vuistpandhouder die niet het recht van herverpanding heeft, art. 3:242.¹²²

118 Hoofdstukken handelsrecht (Zwitser), kantlijn nr. 463; Molenaar, Mon. NBW B-12a, p. 16.

119 Zie daar ook voor blanco endossementen.

120 In een metafoor van Kleijn wordt een beperkt recht ook wel als een stuk uit de grote taart (het volledige eigendomsrecht) aangeduid.

121 Molenaar, Mon. NBW B-12a, p. 22 en T&C (Huijgen), aant. 3 bij art. 3:238.

122 Molenaar, Mon. NBW B-12a, p. 22 en 69. Zie ook Koopal, WPNR 6202 (1995), p. 776, met reactie en naschrift in WPNR 6226 (1996), die uitwerkt wat herverpanding onderscheidt van onderverpanding. Bij herverpanding vestigt de pandhouder als herpandgever een pandrecht op het goed zelf, terwijl bij onderverpanding het nieuwe pandrecht op het eerder gevestigde pandrecht wordt gevestigd.

Hiervoor geldt de regel van 3:238, waarbij ten opzichte van de oorspronkelijk gerechtigde alleen het pandrecht van de herpandhouder geldt. Door herpandgeving gaat het recht van de herpandgever in rang na dat van de herpandhouder. Dit geldt ongeacht het feit of de herpandgever bevoegd was of dat de herpandhouder door de werking van de beschermingsmaatregel het pandrecht heeft verkregen.

Hoewel het in principe mogelijk is om een *bezitloos* pand te vestigen op een toondervordering, art. 3:237, kan dit alleen maar geschieden door een beschikkingsbevoegde pandgever. Bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid is hier net als bij bezitloos pand op roerende zaken uitgesloten.

3.4.1.2 Mogelijkheden voor de andere echtgenoot bij bestuursoverschrijdingen bestaande uit het vestigen van beperkte rechten op art. 3:86-goederen

ONBEVOEGDE VESTIGING VAN EEN PANDRECHT

Analoog aan hetgeen onder 3.3 is betoogd, bestaat voor de bestuursbevoegde echtgenoot de mogelijkheid om afgifte van zijn goed feitelijk te verhinderen, indien deze nog niet had plaatsgevonden. Dit middel is effectief als de voorgenomen bestuursoverschrijding bestaat uit een vestiging van een vuistpand. Het vuistpand komt door het ingrijpen van de bestuursbevoegde echtgenoot niet tot stand, art. 3:236, omdat het goed (of het papier bij toonder- en order-vorderingen) niet uit de macht is gebracht van de pandgever in die van de pandhouder of een derde. De pandhouder in spe wordt niet beschermd.

Mochten partijen een stil pandrecht tot stand willen brengen dan strandt dit voornemen omdat de verkrijger bij stil pand niet tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever beschermd wordt. Een bepaling analoog aan art. 3:238 bij vuistpand bestaat voor stil pand niet.¹²³

ONBEVOEGDE VESTIGING VAN EEN RECHT VAN VRUCHTGEBRUIK

Welke mogelijkheden staan de bestuursbevoegde echtgenoot ten dienste om in te grijpen bij een onbevoegdelijk gevestigd vruchtgebruik? Een derde kan van een bestuursonbevoegde echtgenoot slechts een recht van vruchtgebruik verkrijgen onder de volgende voorwaarden:

- a. hij moet de feitelijke macht over het goed hebben verkregen. Bovendien moet het recht van vruchtgebruik
- b. te goeder trouw en
- c. niet om niet zijn gevestigd (zie mijn uiteenzetting onder 3.4.1).

Indien de bestuursbevoegde echtgenoot tussen de verlening en de vestiging van het vruchtgebruik merkt wat er achter zijn rug om is geschied, en de afgifte van het goed verhindert op grond van art. 1:90 lid 2, dan komt er geen

¹²³ Molenaar, Mon. NBW B-12a, p. 30.

geldig vruchtgebruik tot stand. Het ontstaan van een vruchtgebruik op een vordering aan toonder of order kan op overeenkomstige wijze worden gefrustreerd.

3.4.2 Beperkte rechten op registergoederen en andere goederen op naam

In het voorgaande is sprake geweest van het vestigen van beperkte rechten op art. 3:86-goederen. In het navolgende zal de aandacht worden gericht op beperkte rechten op goederen op naam. In het algemeen kan de derde bij bestuursoverschrijdingen die bestaan uit het vestigen van beperkte rechten op goederen op naam gebruik maken van de art. 3:88 en 3:36. Net als bij de vervreemding van deze goederen werkt de algemene derdenbescherming van art. 3:88 door via de schakelbepaling van art. 3:98 bij de vestiging van beperkte rechten. Derden zijn daar in de besproken context nauwelijks bij gebaat omdat art. 3:88 niet tegen onbevoegdheid beschermt die het gevolg is van een huwelijksvermogensrechtelijk manco (zie de behandeling van art. 3:88 bij onderdeel 3.2.1).

Daarnaast staat de bescherming van art. 3:36, die de derde soelaas kan bieden voorzover de bevoegde echtgenoot heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schijn van bevoegdheid bij de andere echtgenoot. Deze zal tot uitdrukking moeten komen in een valse opnaamstelling of een valse volmacht.¹²⁴ Er bestaan geen bijzondere derdenbeschermingsregels bij beperkte rechten op deze goederen, zoals wij deze kennen bij vuistpand op roerende zaken en toonder- en ordervorderingen in art. 3:238.

Bij registergoederen, anders dan bij vorderingen op naam, is de opnaamstelling vastgelegd in een openbaar register. Dit betekent dat bij de bezwaring van een registergoed met hypotheek of een beperkt genotsrecht, een derde in het algemeen niet te goeder trouw kan zijn omtrent de schijn van bestuursbevoegdheid van de in werkelijkheid niet bestuursbevoegde echtgenoot. Hij wordt geacht op de hoogte te zijn van de inhoud van die registers. Daar zal hij steeds de naam aantreffen van de in werkelijkheid bevoegde echtgenoot. De opnaamstelling in het openbare register prevaleert altijd boven andere afspraken.¹²⁵ De bescherming tegen onbevoegdheid van de verlener van het beperkte recht werkt analoog aan de bescherming bij de verkrijging van het eigendomsrecht, zie onderdeel 3.2 e.v.

TOT BESLUIT

In dit hoofdstuk is aan de orde geweest welke beschermingsmaatregelen aan een derde ten dienste staan die een goed of een beperkt recht erop verkrijgt van een bestuursonbevoegde echtgenoot. Hierbij is uitgegaan van echtgeno-

¹²⁴ Zie wederom de bespreking bij 3.1.2.

¹²⁵ HR 2 april 1976, NJ 1976 450 mnt. WMK (Modehuis Nolly I).

ten die in de wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd zonder bestuurswisseling of -overdracht.

In hoofdstuk 4 zal een overeenkomstige behandeling van de problematiek in het Duitse recht volgen. Daarbij wordt uitgegaan van echtgenoten die in het Duitse wettelijk systeem, de Zugewinnngemeinschaft, zijn gehuwd. Aangezien het Duitse (huwelijks)goederenrecht een aantal termen kent dat in Nederland niet bestaat of een andere betekenis heeft, zal eerst een korte inleiding op dit terrein worden gegeven.

HOOFDSTUK 4

Duits intern recht: Overdracht van goederen door onbevoegden en de positie van derden bij echtgenoten die gehuwd zijn in Zugewinngemeinschaft

In dit hoofdstuk zal ter vergelijking met de Nederlandse situatie het Duitse recht inzake de verkrijging van goederen worden geschetst. Om te beginnen zal eerst kort worden aangegeven welke personen een rol (kunnen) spelen in de derdenbeschermingsconstructies waarna in het kort de gang van zaken bij een overdracht van een roerende zaak in het Duitse recht wordt weergegeven. Deze beschrijving zal worden gevolgd door een uiteenzetting van de verschillende wegen hoe iemand eigenaar kan worden ondanks het feit dat hij de zaak verkrijgt van een ‘Nichtberechtigter’, dus van iemand die niet bevoegd was om over de zaak te beschikken.

Daarna kunnen wij toekomen aan de speciale positie van een derde die een goed verkrijgt van een echtgenoot die in het wettelijk regime is gehuwd. De bijzonderheden bij echtgenoten die in een keuzestelsel zijn gehuwd, komen in latere hoofdstukken aan de orde.

VERKLARING VAN ENKELE BEGRIPPEN

De dramatis personae:

De *Eigentümer*: deze figuur komt globaal gezien overeen met de Nederlandse eigenaar.

De *Besitzer*: deze doet ons gelijk denken aan de Nederlandse bezitter, maar helaas wordt deze associatie ten onrechte gemaakt. Het Duitse recht kent wel de ons vertrouwd klinkende begrippen als *Eigenbesitzer* en *Fremdbesitzer* (personen die houden voor zichzelf respectievelijk voor een ander), maar voor een houder zoals hij prominent fungeert in het Nederlandse zakenrecht is in het Duitse recht geen hoofdrol weggelegd. Hij komt in het BGB niet eens voor.

In het algemeen kan worden gezegd dat zowel aan degene die wij houder noemen als aan de bezitter in het Nederlandse recht in het Duitse recht de kwalificatie *Besitzer* wordt toegekend. Onmiskenbaar blijkt dit uit § 868, waar o.a. de vruchtgebruiker, de pandhouder, de huurder en de bewaarder als *Besitzer* staan vermeld. Dit ruime bezittersbegrip is te verklaren uit het feit dat zij aanspraak kunnen maken op de bezitsacties van § 858 e.v. Naast *Besitzer* (middellijk dan wel onmiddellijk, § 868 en 872) kent het Duitse

recht ook nog de *Besitzdiener*. Deze in het Nederlandse recht onbekende figuur (niet te verwarren met houder) wordt gedefinieerd in § 855: het zijn personen die de feitelijke macht hebben over bepaalde objecten die in het bezit zijn van een ander waarbij hen van de *Fremdbesitzer* onderscheidt, dat de Besitzer zeggenschap heeft over de wijze waarop de Besitzdiener het goed dient te gebruiken. Voorbeelden hiervan zijn huishoudelijk personeel met betrekking tot goederen die zich in het huishouden bevinden en werknemers die onder zeggenschap staan van hun meerdere op grond van een arbeidsverhouding of een andere rechtsverhouding die meebrengt dat er een zeggenschapsverhouding bestaat.¹

Het Duitse recht kent als hoofdbegrip Gegenstände, hetgeen is te vergelijken met het Nederlandse begrip goederen. Gegenstände zijn wederom te onderscheiden in Sachen (zaken) en andere Gegenstände, zoals Forderungen (vorderingen), terwijl bijvoorbeeld familierechtelijke rechten erbuiten vallen.² Het Derde Boek van het BGB geeft alleen regels over (rechtshandelingen met betrekking tot) zaken, en regelt niet bijvoorbeeld de overdracht van vorderingen.

4.1 Overdracht van roerende zaken (bewegliche Sachen): vereisten, derdenbescherming bij Verfügungen durch Nichtberechtigzte

VORMEN VAN OVERDRACHT VAN ROERENDE ZAKEN

In het Duitse recht kunnen roerende zaken³ op verschillende wijzen worden overgedragen. De hoofdregel is dat overdracht plaatsvindt door een zakelijke overeenkomst die de eigenaar-vervreemder met de verkrijger sluit, de zogenaamde Einigung, gevolgd door feitelijke overdracht, de Übergabe, § 929.⁴ Op dat moment moet de vervreemder ook beschikkingsbevoegd zijn.⁵ Een geldige titel is niet vereist, omdat het Duitse zakenrecht uitgaat van het abstracte stelsel.⁶ Naast de hoofdvorm, de feitelijke overgave ex § 929, kent het Duitse recht andere leveringsvormen: de levering brevi manu, § 929, tweede zin, de levering c.p., § 930, en de levering longa manu, § 931. Deze laatste vorm wordt gezien als de Abtretung (cessie) van de 'Herausgabeanspruch'.⁷

1 Westermann-H.P. Westermann, Sachenrecht I, p. 90 e.v.; Schwab/Prütting, p. 28 e.v.; Baur/Stürner, Sachenrecht, p. 64-66.

2 Palandt/Heinrichs, Überblick vor § 90, Randnr. 2.

3 Daaronder zijn ook vorderingen aan toonder (Inhaberpapieren) te verstaan omdat zij in het papier zijn belichaamd. Palandt/Heinrichs, Randnr. 8 bij § 398.

4 Hierdoor moet alle feitelijke beschikkingsmacht van de vervreemder worden overgedragen. Behoud van het middellijk Besitz of het Mitbesitz staat hieraan in de weg, aldus BGH 3 juni 1996, MDR 1996, p. 1107.

5 Baur/Stürner, Sachenrecht, p. 187; BGH 21 mei 1953, BGHZ 10, p. 69.

6 Palandt/Heinrichs, Überblick vor § 104, Randnr. 21-22. Voor een kritische bespreking van dit principe en een pleidooi voor afschaffing ervan zie Eisenhardt, JZ 1991, p. 271-277.

7 Mager, AcP 193 (1993), p. 73-74.

Men gaat ervan uit dat de vervreemder middellijk bezitter is, die jegens de onmiddellijk bezitter het recht heeft om de zaak op te vorderen. Dit recht wordt natuurlijk nader bepaald door de rechtsverhouding die tussen de middellijk bezitter en de onmiddellijk bezitter bestaat, zie § 868. Door deze aanspraak over te dragen op een derde verkrijgt deze het middellijk bezit, § 870. Als de vervreemdende middellijk bezitter ook eigenaar is, wordt de verkrijger door de overdracht van de Herausgabeanspruch tevens eigenaar van de zaak, § 931.

DERDENBESCHERMING BIJ VERFÜGUNGEN DURCH NICHTBERECHTIGTE

Volgens de heersende leer geldt voor alle verkrijgingsvormen van § 932 dat de goede trouw aanwezig moet zijn op het tijdstip dat de verkrijging compleet is. Wiegand omschrijft het met een beroep op de jurisprudentie⁸ als:

“Der letzte Erwerbsakt (ist) maßgebend (...).”

Dat betekent dat een verkrijger op dat moment te goeder trouw moet zijn waarop hij, mits te goeder trouw, de eigendom verkrijgt. Op dat tijdstip moet derhalve zowel de Einigung als ook de Besitz-overdracht hebben plaatsgevonden. Afhankelijk van de verschillende leveringsvormen kan eerst het een en dan het ander plaatsvinden, maar in wezen verschillen de leveringsvormen qua eisen op dit punt niet. Bij een levering *brevi manu* is het moment beslissend waarop de verkrijger Besitz van de vervreemder krijgt tengevolge van een Einigung, § 932 lid 1. Bij een levering *longa manu* wordt, indien de vervreemder middellijk Besitzer was van de zaak, de verkrijger te goeder trouw eigenaar op het moment dat de overdracht van het Abtretungsrecht plaatsvindt. Als de vervreemder geen bezitter was dan wordt de verkrijger te goeder trouw eigenaar als hij het bezit van de derde verkrijgt, § 934. Dit kan daardoor plaatsvinden dat de onmiddellijk bezitter besluit om voortaan niet meer voor de oorspronkelijke eigenaar te houden maar voor de verkrijger. Deze verkrijgt op dat moment het middellijk bezit.⁹ Interversie van bezit is toegestaan, zoals in het navolgende zal worden uitgewerkt.

Bij verkrijging door een levering c.p. wordt de derde eigenaar als hij feitelijk de zaak van de vervreemder krijgt, § 933 BGB. Voldoende is ook als iemand de zaak feitelijk in handen krijgt die het goed onmiddellijk bezit voor de verkrijger, dus een Besitzmittler of een Besitzdiener.¹⁰

Wat houdt de goede trouw in? De goede trouw wordt in lid 2 gedefinieerd:

“Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört.”

Grobe Fahrlässigkeit is volgens het BGH¹¹ aanwezig als:

8 Staudinger-Wiegand, § 932 Rn 92, waar hij de heersende leer weergeeft. Zo ook MünchKomm (Quack), Randnr. 54 bij § 932. Zie BGH 21 mei 1953, BGHZ 10, p. 69.

9 Palandt/Bassenge, Randnr. 4 bij § 934.

10 Michalski, AcP 181 (1981), p. 385 met verdere verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie.

11 BGH 10 mei 1994, NJW 1994, p. 2093.

“die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt wurde, wenn ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder beiseite geschoben wurden und dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall sich jedem aufgedrängt hätte. Bei der groben Fahrlässigkeit handelt es sich um eine auch subjektiv schlechthin unentschuldbare Pflichtverletzung, die das gewöhnliche Ausmaß der Fahrlässigkeit des § 276 I BGB erheblich übersteigt.”

INTERVERSIE VAN BEZIT IS TOEGESTAAN

Het Duitse recht laat interversie van bezit toe, zoals het BGH in het Fräsmaschinen-arrest bepaalde.¹² De feiten zijn vereenvoudigd als volgt. Eigenares E heeft een freesmachine onder eigendomsvoorbehoud verkocht en geleverd aan H. Tot zekerheid voor de terugbetaling van een lening aan C draagt H de bewuste freesmachine tot zekerheid aan C over. H en C komen overeen dat de machine bij H zal blijven staan zodat hij haar verder kan gebruiken. Daarna draagt C de rechten uit de relatie met H aan L over tot zekerheid voor de voldoening aan een schuldbekentenis, die C aan L heeft afgegeven. C en L spreken af dat de eigendom van de freesmachine op L zal overgaan. C draagt haar rechten uit het ‘Besitzmittlungsverhältnis’ tussen H en C aan L over en verplicht zich om H onmiddellijk te laten weten dat zij voortaan voor L zal houden. Vervolgens draagt L de rechten uit de relatie met C aan gedaagde G over.

Het geschil gaat om de vraag of eiseres E de machine kan revindiceren van G. In eerste instantie krijgt de eiseres gelijk maar in de hogere instanties wordt haar vordering tot revindicatie afgewezen. De redenering van het BGH is als volgt: C is geen eigenaar van de litigieuze machine geworden omdat zij alleen middellijk bezit heeft verkregen; § 930 j° § 933 vereist dat de verkrijger onmiddellijk bezitter is geworden. De overeenkomst tot het verlenen van zekerheidseigendom is wel geldig. Door het feit dat C aan H een grote lening heeft verstrekt, heeft C er een belang bij om zekerheidseigenaar te worden. Omdat H geen eigenaar is kan C niet eigenaar worden, maar C wordt wel middellijk bezitter van de machine. H gaat op dat moment voor C houden en C verkrijgt daardoor een Anwartschaftsrecht.¹³ Het BGH oordeelt dat ingeval H de volledige koopprijs aan E betaalt, C direct en zonder verdere medewerking van H eigenaar van de freesmachine wordt. Dit is het gevolg van feit dat C een Anwartschaftsrecht heeft.

C zijnerzijds kan wel de eigendom van de machine aan L verschaffen omdat de wetgever voor de verkrijging te goeder trouw de *overdracht* van middellijk bezit voldoende acht, terwijl alleen het *verschaffen* van middellijk bezit niet voldoende is, § 933 en 934.¹⁴ De bezitsoverdracht vindt in dit geval

¹² BGH 27 maart 1968, BGHZ 50, p. 45.

¹³ Zie voor een Nederlandse verklaring van het semi-zakelijke Anwartschaftsrecht dat de verkrijger het recht geeft om het goed direct te verkrijgen, Zwitser, WPNR 6099 (1994), p. 527.

¹⁴ Dit lijkt op het Nederlandse onderscheid tussen overdracht van bezit en verschaffing van bezit, waaruit wordt verklaard dat een houder geen bezit kan overdragen.

plaats door overdracht van de Herausgabeanspruch: het recht dat eigenaren en bezitters hebben tegen derden die de feitelijke macht over het goed uitoefenen. Door de overdracht van de Herausgabeanspruch en de daaruit voortvloeiende mededeling dat H voortaan voor L moet gaan houden, geeft C alle bezitspretenties op en wordt L middellijk bezitter. Door het vermoeden van § 1006 (bij bezitsverkrijging wordt eigendomsverkrijging verondersteld)¹⁵ wordt L tevens eigenaar. De oorspronkelijke eigenares E heeft het nakijken.

Bijzonder aan deze constructie is dat zij alleen werkt vanaf de vierde hand, dus vanaf degene die van een bezitter verkrijgt die wederom van een houder (zijnde een Besitzmittler) voor de oorspronkelijke eigenaar heeft verkregen. De schakel daarvóór moet nog voldoen aan de vereisten van § 933, welke bepaling bij verkrijging van een beschikkingsonbevoegde, feitelijke levering als belangrijkste eis kent (naast de goede trouw van de verkrijger).¹⁶

De Duitse rechter was zich blijkens dit arrest zich er wel van bewust dat door deze redenering de rechtspositie van de oorspronkelijke eigenares die zich door het eigendomsvoorbehoud, § 455, zeker had gevoeld, ernstig wordt uitgehold. Maar men oordeelde op grond van de wet die nu eenmaal middellijk en onmiddellijk bezit gelijkschakelt.¹⁷

In de literatuur is deze opvatting niet met enthousiasme ontvangen.¹⁸ Michalski¹⁹ wijst erop dat het opmerkelijk is dat eigendom minder goed wordt beschermd dan middellijk bezit. Het zou logischer zijn om verlies van eigendom bij de één pas aan te nemen als de verkrijger onmiddellijk bezitter is geworden. Nu wordt de latere verkrijger van middellijk bezit beschermd tegen de oude eigenaar die het onmiddellijk bezit aan een ander had afgestaan. In de andere derdenbeschermingsregels wordt een derde ook pas beschermd als hij onmiddellijk bezit verkrijgt, direct dan wel door middel van een derde. In ieder geval vindt dan ook feitelijk een verandering van (rechts)positie plaats. In de leer van het BGH wordt een derde eigenaar zonder dat het goed feitelijk verplaatst wordt of anderszins naar buiten toe een verandering zichtbaar is.²⁰ Ernstig hierbij is dat de eigenaar daar ook helemaal niets aan kan doen, omdat de verkrijger de zaak nooit voor of bij de verkrijging hoeft te zien, omdat middellijk bezit voldoende is. Ook het aanbrengen van uiterlijke kenmerken op de zaak zou niet voldoende zijn om de goede trouw bij de verkrijger te doorbreken.²¹ Als men het risico niet wil lopen, zou

15 BGH 5 juli 1967, NJW 1967, p. 2008; BGH 25 januari 1984, NJW 1984, p. 1456-1457; Gursky, JZ 1991, p. 654. Kritisch Ernst, FS Gernhuber 1993, p. 97 e.v., p. 120.

16 Zie Baur/Stürner, Sachenrecht, p. 524.

17 Zie Picker, AcP 198 (1988), p. 514 e.v., over de wetsgeschiedenis waarbij wellicht iets te voorbarig deze gelijkschakeling werd doorgevoerd.

18 Zie Picker, AcP 188 (1988), p. 514-515, voetnoot 7 met verdere verwijzingen naar o.a. Michalski, AcP 181 (1981), p. 401; Westermann-Gursky, Sachenrecht I, p. 128-129.

19 AcP 181 (1981), p. 417 e.v. met een beroep op oudere literatuur.

20 Michalski, AcP 181 (1981), p. 418. Ook Picker, AcP 188 (1988), p. 521, wijst op de kwalijke gevolgen van het loslaten van dit 'Sichtbarkeitsprinzip'.

21 Picker, AcP 188 (1988), p. 521, 522.

men op geen enkele wijze het feitelijk bezit van de zaken uit handen mogen geven; een onmogelijke situatie.

Ook Picker²² is erg kritisch over deze ontwikkeling. Hij kwalificeert deze mogelijkheid van verkrijging door derden 'sachlich verfehlt'. Hij wijst op het verschil in vereisten tussen § 933 en 934: bij de eerste paragraaf is verkrijging van middellijk bezit niet voldoende, bij de tweede wel. Bovendien is daar ook verschaffing van dat bezit al voldoende.

Men heeft nog geprobeerd om de problemen die rijzen doordat een unmittelbarer Besitzer besluit voortaan voor een ander te houden, op te lossen via de leer van het Nebenbesitz: het bezitten voor twee partijen. Deze figuur schept meer problemen dan zij oplost. Aan wie komen de bezitsacties, zoals het opvorderingsrecht, toe? Wie wordt door verjaring eigenaar? Dit is ook niet het ei van Columbus.²³

De regeling in het BGB maakt eigendomsverkrijging van een derde afhankelijk van een vrij willekeurige wilsverandering van de onmiddellijk bezitter. Daarop kan nooit een effectieve regeling van derdenbescherming worden gegrond. Picker pleit dan ook voor een oplossing in die zin dat de rechten van de oudste rechthebbende op afgifte blijven bestaan,²⁴ hetgeen tot gevolg heeft dat een onmiddellijk Besitzer niet met werking jegens een ouder gerechtigde plots kan besluiten, voortaan voor een ander te houden en aan die ander de Rückgabeanpruch toe te kennen. Dan zou de band tussen de ouder gerechtigde en het goed niet tegen diens wil kunnen worden doorbroken, omdat niet zondermeer aan het vereiste kan worden voldaan, dat de ouder gerechtigde geen Besitz meer ten aanzien van het goed heeft, voordat een derde te goeder trouw het kan verkrijgen.²⁵

Het is duidelijk dat de Duitse wetgeving op dit punt een uiterst ongelukkige is. Verandering in de door velen gewenste zin is dringend noodzakelijk. Het is verbazingwekkend dat niet veel eerder de wet is gewijzigd gezien de onzekere positie waarin de eigenaar van een goed verkeert, dat zich in de feitelijke macht van een derde bevindt.

Dit is des te opmerkelijker omdat de mogelijkheden van een eigendomsvoorbehoud enorm ruim zijn.²⁶

KORTE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKING

Nu het Duitse recht op vrij liberale schaal de interversie van bezit toelaat, kan men duidelijk zien welke kwalijke effecten zij veroorzaakt en dat het Nederlandse antwoord op deze kwestie beter is. Laat men het verbod van interversie los, dan zullen allerlei ongewenste neveneffecten optreden, die het sys-

22 AcP 188 (1988), p. 514 e.v.

23 Zie Picker, AcP 188 (1988), p. 536 e.v. voor feitelijke en wetstechnische problemen.

24 Picker, AcP 188 (1988), p. 567.

25 Picker, AcP 188 (1988), p. 569.

26 Zie de zes varianten bij Palandt/Putzo, Randnr. 12-22 bij § 455.

teem van de derdenbescherming, die altijd ten koste gaat van de rechten van de vroegere rechthebbende, ernstig verstoren. Het mag daarom worden toegejuicht dat de Nederlandse wetgever in het NBW aan de strenge Nederlandse leer heeft vastgehouden.

ALLEEN BESCHERMING BIJ VERKRIJGING OM BAAT?

In de Duitse derdenbeschermingsbepalingen vinden wij de eis van verkrijging om baat niet. Maar in de bepalingen over ongerechtvaardigde verrijking die de positie van de oorspronkelijke eigenaar vastleggen, vinden wij een regeling die tot gevolg heeft dat iemand die door de vervreemding door een onbevoegde voordeel heeft verkregen, het voordeel weer moet afgeven aan de oorspronkelijke eigenaar van het goed. De hoofdregel zegt dat indien een eigenaar zijn rechten heeft verloren doordat een onbevoegde een zakelijk recht²⁷ op een roerende zaak van de oorspronkelijk gerechtigde heeft verschafft, overgedragen of gewijzigd, de oude eigenaar het voordeel dat deze onbevoegde daardoor kreeg, van hem kan opvorderen, § 812. Als de derde van de onbevoegde om niet heeft verkregen, dan heeft de onbevoegde geen voordeel. Dan kan de oorspronkelijke eigenaar zich wenden tot degene die om niet verkreeg en de afgifte van het verkregene vorderen, voorzover deze door de verkrijging een 'rechtlichen Vorteil' heeft verkregen, § 816 lid 1 slot. Als deze derde het goed wederom aan een ander heeft geschonken, dan heeft de derde geen 'rechtlichen Vorteil'. In dat geval kan de oorspronkelijke eigenaar proberen om een actie in te stellen tegen degene die het goed heeft verkregen op grond van § 822. Deze vierde hand is dan tot afgifte van het goed verplicht.

DE ROL VAN HET EIGENDOMSVERMOEDEN BIJ DE ECHTGENOTEN

§ 1006 BGB bepaalt dat een bezitter wordt vermoed eigenaar te zijn,²⁸ vergelijkbaar met het Nederlandse art. 3:109. Bij echtgenoten wordt aangenomen dat degene die voor het huwelijk al bezitter was van een goed, eigenaar wordt geacht te zijn geworden en gebleven, waarmee jegens een derde de bestuursbevoegdheid van die echtgenoot geacht wordt vast te staan.²⁹

Dit geldt ook voor goederen die de echtgenoot staande huwelijk verkrijgt. Zodra hij het bezit heeft verkregen, gaat § 1006 reeds werken. Vereenvoudigt dit de verkrijging van een zaak van een echtgenoot?

27 Het enkele sluiten van een obligatoire overeenkomst over die goederen is niet voldoende om § 812 in werking te doen treden. Tegen bijvoorbeeld de verhuur van het goed kan de eigenaar zich niet verweren met een beroep op § 812.

28 Krebs, FamRZ 1994, p. 283, concretiseert dit in die zin dat men vermoedt dat op het moment van verkrijging van het Besitz, de Besitzer Eigenbesitz en tegelijkertijd eigendom van de zaak heeft verkregen.

29 BGH 26 november 1975, NJW 1976, p. 238, FamRZ 1976, p. 81-82.

EEN DUITSE BIJZONDERHEID: GEEN DERDENBESCHERMING INDIEN DE ZAAK IS 'ABHANDEN GEKOMMEN', § 935 BGB

Het Duitse recht kent als hoofdregel dat derdenbescherming nooit mogelijk is als een roerend goed³⁰ is abhandengekomen, § 935.³¹ De verkrijger kan wel bezitter worden maar niet de eigendom van het goed verkrijgen. Het is daarom erg belangrijk om vast te stellen wat precies wordt verstaan onder 'abhandenkomen' in de zin van § 935. Ten eerste moet het bezitsverlies *zonder de wil* van de eigenaar hebben plaatsgevonden. Het gaat er niet om dat het wegraken tegen de wil van de eigenaar heeft plaatsgevonden; voldoende is als het zonder diens medeweten is weggeraakt.³² Bij abhandenkomen telt alleen het verlies van het *onmiddellijk bezit*.³³ Als ratio wordt wel gezien dat de eigenaar zelf niet mag hebben bijgedragen tot het ontstaan van de schijn van beschikkingsbevoegdheid bij degene die het goed onbevoegdlijk vervreemdt door toe te laten dat deze de feitelijke macht over het goed kan verkrijgen.³⁴ Als de eigenaar niet heeft bijgedragen tot het ontstaan van het vermoeden van eigendom bij een ander, dan moet het belang van de eigenaar gaan boven dat van een derde, zo luidt de achterliggende gedachte.³⁵

Als een eigenaar ertoe heeft bijgedragen dat de zaak buiten zijn feitelijke macht is geraakt, dan doet niet meer terzake wat daarna met het goed gebeurt. Daaruit is af te leiden dat in het geval een *Besitzmittler* de zaak vervreemdt, de zaak niet is 'abhanden gekomen' aan de eigenaar, omdat de *Besitzmittler* het onmiddellijk bezit met toestemming van de eigenaar had gekregen.³⁶ Dit is natuurlijk anders als de *Besitzdiener* de zaak vervreemdt, omdat deze zich aan de door de eigenaar gegeven voorschriften moet houden, § 855. Als deze dat niet doet, als bijvoorbeeld een werkster goederen van de werkgever verduistert, dan kan er wel sprake zijn van abhandenkomen.³⁷ Enkele auteurs³⁸ modificeren deze uitzondering in zoverre dat men niet van abhandenkomen zou kunnen spreken als de eigenaar er zelf voor heeft gezorgd dat de *Besitzdiener* zich naar buiten toe als eigenaar kon gedragen. In dit geval is het voor risico van de eigenaar als de *Besitzdiener* misbruik van die situatie maakt.

30 Uitzonderd zijn geld en vorderingen aan toonder (Inhaberpapieren), zie het tweede lid van § 935. Staudinger-Wiegand § 935 Rn 23-26 en Westermann-Gursky, Sachenrecht I, p. 370. Orderpapieren, ook met blanco endossement, vallen niet onder § 935 maar onder bijzondere derdenbeschermingsmaatregelen. MünchKomm (Quack) Randnr. 24 bij § 935; Westermann-Gursky, Sachenrecht I, p. 370.

31 Zie bijv. Schwab/Prütting, p. 184 en Staudinger-Wiegand, § 935 Rn 21 met verdere verwijzingen.

32 Staudinger-Wiegand § 935 Rn 4; Rebe, AcP 173 (1973), p. 188.

33 Westermann-Gursky, Sachenrecht I, p. 365; MünchKomm (Quack) Randnr. 5 bij § 935; Staudinger-Wiegand, § 935 Rn 5.

34 Picker, AcP 188 (1988), p. 551 e.v.; MünchKomm (Quack), Randnr. 3 bij § 932 (Veranlassungsprinzip).

35 Rebe, AcP 173 (1973), p. 197.

36 Westermann-Gursky, Sachenrecht I, p. 364, Staudinger-Wiegand, § 935 Rn 5. Rebe noemt dit het principe van 'Gefahrenbeherrschung', AcP 173 (1973).

37 Baur/Stürmer, Sachenrecht, p. 531; Schwab/Prütting, p. 184.

38 Zoals Staudinger-Wiegand, § 935 Rn 14; wellicht ook Westermann-Gursky, Sachenrecht I, p. 364.

Deze regeling inzake het abhandenkommen geldt voor het vervreemden van de roerende zaak als ook voor het belasten met bijvoorbeeld een pandrecht; § 1207 verklaart § 935 van overeenkomstige toepassing voor de vestiging van een pandrecht door een onbevoegde pandgever.

ABHANDENKOMMEN BIJ ECHTGENOTEN?

Komt een goed dat aan een der echtgenoten toebehoort door een bestuursoverschrijding van de andere echtgenoot hierdoor abhanden aan de rechthebbende? Deze vraag wordt in de literatuur positief beantwoord.³⁹ Een complicerende factor hierbij is dat men ten aanzien van de huishoudelijke goederen ‘Mitbesitz’ van beide echtgenoten aanneemt.⁴⁰ De echtgenoot die niet de eigenaar is van het goed, is tevens Besiztmittler voor het Besitzrecht van de andere echtgenoot. Een voorbeeld hiervoor: de man, Theo, is eigenaar van een snuiftabakdoos die hij van zijn grootvader heeft gekregen maar die hij niet daadwerkelijk gebruikt. Theo is eigenaar van de snuifdoos maar moet zijn Besitz delen met zijn echtgenote Beate. Voor een deel is zij uit eigen hoofde Mitbesitzer van de doos maar voor het deel van het Mitbesitz van Theo is zij zijn Besiztmittler.

Beate verkoopt de snuiftabakdoos in een antiekwinkel. Kan Theo zich tegen de eigendomsaanspraken van de winkelier die de doos te goeder trouw geleverd heeft gekregen, verweren met een beroep op § 935? Het probleem hierbij is dat het Duitse recht de regel kent dat verlies van Besitz bij een Besiztmittler niet leidt tot abhandenkommen. Bij echtgenoten zou men dan nooit aan ‘abhandenkommen’ toekomen bij bestuursoverschrijdingen ten aanzien van huishoudelijke goederen. Daarom wordt in die bijzondere context aangenomen dat ook bij abhandenkommen door toedoen van een echtgenoot die als Besiztmittler voor de andere via een bestuursoverschrijding diens zaken vervreemdt, § 935 toepasselijk is.⁴¹

De ‘verkrijgers’ van Theo's snuifdoos kunnen in het vervolg hoogstens Besitzer worden, eigenaar worden zij nooit. De tekort gedane echtgenoot kan het goed zelfstandig opvorderen op grond van § 1007 j° 1368.⁴²

KORTE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKING

Zoals ik al in het vorige kopje heb aangegeven, is de Duitse regeling over

39 Westermann-Gursky, Sachenrecht I, p. 133; Staudinger-Wiegand, § 925 Rn. 8; MünchKomm (Quack), Randnr. 6 bij § 935; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 77; Johannsen/Henrich/Jaeger, Eherecht, § 1414 Rdnr. 5.

40 Het recht van Mitbesitz wordt afgeleid uit de algemene § 1353 (vergelijkbaar op dit punt met 1:81 BW). Zie BGH 7 april 1978, BGHZ 71, p. 216 en BGH 31 januari 1979, BGHZ 73, p. 253; LG Hamburg, 27 juni 1991, NJW-RR 1991, p. 146. Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 187 met verdere verwijzingen, en p. 501. In een curieuze zaak heeft het OLG Koblenz vastgesteld, dat de vrouw geen Mitbesitz heeft aan de door de man in een kledingkast in de slaapkamer verstopte muntenverzameling, OLG Koblenz 27 mei 1993, MDR 1994, p. 281.

41 Palandt/Bassenge, Randnr. 4 bij § 935 met verwijzingen naar jurisprudentie.

42 Hij kan de actie zelfstandig instellen, Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 533.

goederen die zijn abhanden gekomen voor Nederlandse NBW-begrippen vrij uitzonderlijk. Het Duitse stelsel lijkt meer op hetgeen wij onder het oude art. 2014 BW hadden: van verloren of gestolen goederen kon men nooit eigenaar worden. Opmerkelijk is dat deze regel naar Duits recht ook geldt voor verduisterde goederen.⁴³

Men kan zich afvragen of deze regel niet in grote mate het rechtsverkeer ontwricht omdat een aantal goederen nooit eigendom van een ander kan worden maar gezien de jarenlange ervaringen met art. 2014 BW (oud) in Nederland is het niet verbazingwekkend dat dit in de Duitse praktijk erg meevalt.

4.2 Overdracht van onroerende zaken (Immobilien)

VEREISTEN VOOR DE OVERDRACHT VAN ONROERENDE ZAKEN

De normale gang van zaken bij de overdracht van een onroerend goed is als volgt: de beschikkingsbevoegde eigenaar⁴⁴ en de aspirant-verkrijger sluiten een obligatoire overeenkomst waarbij zij zich verplichten tot levering respectievelijk aanvaarding van een bepaald onroerend goed. § 313 BGB vereist hiervoor een notariële akte.⁴⁵ Vervolgens sluiten partijen eveneens voor de notaris de zakelijke overeenkomst, Auflassung genaamd, § 925. Hierbij moet de akte betreffende de obligatoire overeenkomst worden overlegd, tenzij beide overeenkomsten vlak na elkaar voor dezelfde notaris worden gesloten. Deze eis is opmerkelijk omdat aan de overdracht in Duitsland geen causaal stelsel ten grondslag ligt. Het is slechts een extra waarborg daarvoor dat niet achteraf ineens de obligatoire overeenkomst blijkt te ontbreken. Voor de geldigheid van de zakelijke overeenkomst en het transport heeft de (on)geldigheid van de titel geen relevantie.⁴⁶ Met de inschrijving van de verkrijger als nieuwe eigenaar in het Grundbuch is de overdracht voltooid, § 873 BGB.⁴⁷ Op dit moment moet de vervreemder nog beschikkingsbevoegd zijn.⁴⁸ Hierdoor worden partijen afhankelijk van de werkwijze van de ambtenaar van het Grundbuch. Van hem hangt af wanneer precies de inschrijving plaatsvindt en wanneer derhalve aan de eisen, waaronder die van beschikkingsbevoegdheid, moet worden voldaan. Om die afhankelijkheid te verminderen, bepaalt § 878 voor bijzondere gevallen dat de overdracht geldig is als aan alle voorwaarden

43 Voor het oude Nederlandse recht zie Asser-Beekhuis nr. 541.

44 Staudinger-Gursky, § 873 Rn 65; Westermann-Eickmann, Sachenrecht II, p. 103.

45 De notariële akte moet de gehele obligatoire overeenkomst bevatten. BGH 16 september 1988, NJW-RR 1989, p. 199. Indien geen correcte notariële akte van de overeenkomst is opgemaakt dan is de obligatoire overeenkomst geldig als zij is gevolgd door de daadwerkelijke eigendomsovergang, § 313 slot. Zie Staudinger-Wufka, § 313 Rn 238 e.v.

46 Schwab/Prütting, p. 147; Staudinger-Gursky, § 873 Rn 120.

47 Westermann-Eickmann, Sachenrecht II, p. 100.

48 Baur/Stürner, Sachenrecht, p. 185 en 187.

is voldaan op het moment dat de vervreemder het verzoek tot inschrijving doet, § 892 lid 2.⁴⁹ Op dat tijdstip heeft de vervreemder alles gedaan wat in zijn macht staat om de inschrijving te bewerkstelligen. § 878 werkt voor bijzondere bevoegdheidsbeperkingen, zoals een faillissement of beslag.⁵⁰

BESCHIKKINGSHANDELINGEN TEN AANZIEN VAN ONROEREND GOED BIJ FOUTIEVE OF ONTBREKENDE INSCHRIJVINGEN IN HET GRUNDBUCH

In het Duitse recht speelt het Grundbuch een nog belangrijker rol als het register van titel 3.2 BW in Nederland. Als een zakelijk recht in het Grundbuch is ingeschreven, dan wordt vermoed dat dit recht ook zo bestaat. Heeft er doorhaling plaats dan wordt vermoed dat het recht niet (meer) bestaat, aldus § 891 BGB. Deze vermoedens gelden altijd ten bate van de verkrijger. Is diens situatie in werkelijkheid gunstiger, dan kan hij daarop een beroep doen.⁵¹

Aangezien ook in het Duitse recht de mogelijkheid bestaat dat iemand een recht op een onroerend goed heeft dat niet is ingeschreven, kan men niet zeggen dat het Grundbuch een compleet beeld van rechten op onroerend goed verschaft, maar in het algemeen mag men ervan uitgaan dat de inschrijvingen een juist beeld van de werkelijke rechtstoestand geven, § 892 BGB. Indien dat niet het geval is, zet tegenbewijs het vermoeden van het Grundbuch buitenspel.⁵²

Voor derden geldt het Grundbuch als waar, § 892 BGB. Ook bij een onjuiste inschrijving vindt verkrijging plaats op basis van de ingeschreven feiten.⁵³ Slechts reële kennis van de ware situatie kan aan een verkrijging in de weg staan.⁵⁴

Het gaat er om dat de verkrijger niet alleen kennis had van de feiten die in tegenspraak zijn met de ingeschreven situatie, maar hij moet tevens tot de conclusie zijn gekomen dat de inschrijving in het Grundbuch dus niet juist is. Ouderwets gesproken moet de derde 'te kwader trouw' zijn. In de Duitse literatuur en rechtspraak vindt men dat 'grobe Fahrlässigkeit' niet schaaft.⁵⁵ Dit door sommigen⁵⁶ niet kritiekloos vermelde verschil met de vereisten die gelden bij de verkrijging van roerend goed wordt gerechtvaardigd met een beroep op de sterkere 'Rechtsschein' die van het Grundbuch uitgaat, vergeleken met de schijn die wordt gebaseerd op het bezit. Dit verschil lijkt mij wel op z'n plaats, mede omdat de Duitse wetgever onder bijzondere omstandighe-

49 Voor bijzondere gevallen zie Baur/Stürner, Sachenrecht, p. 185 e.v.

50 Westermann-Eickmann, Sachenrecht II, p. 103 met een beroep op BGH 15 januari 1964, NJW 1964, p. 1277; Westermann-Eickmann, Sachenrecht II, p. 104.

51 Baur/Stürner, Sachenrecht, p. 222 e.v.

52 Westermann-Eickmann, Sachenrecht II, p. 74 e.v.

53 Palandt/Bassenge, Randnr. 14 en 15 bij § 892 BGB.

54 Baur/Stürner, Sachenrecht, p. 227; Wilhelm, Sachenrecht, Rz 510 e.v., 522.

55 BayObLG 10 mei 1989, NJW-RR 1989, p. 909. Zie voor de definitie van 'grobe Fahrlässigkeit' van het BGH uit 1995 onderdeel 4.1.

56 Bijvoorbeeld Baur/Stürner, Sachenrecht, p. 227; Schwab/Prütting, p. 85.

den ook de verkrijging van roerende zaken van een beschikkingsonbevoegde middellijke bezitter mogelijk heeft gemaakt, zie onderdeel 4.1.

In uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld bij derden die zich op de grens bevinden tussen afwezigheid van goede trouw en kwade trouw, kan de rechter corrigerend optreden met behulp van § 826, waarin degene tot schadevergoeding wordt verplicht die op onzedelijke wijze een ander opzettelijk schade toebrengt. Deze bepaling zou uitkomst kunnen bieden als iemand zeer wel op de hoogte is van bepaalde feiten die aanleiding geven tot twijfel, maar bewust verder onderzoek achterwege laat om zijn 'goede trouw' niet in gevaar te brengen. Het mag duidelijk zijn dat er sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden. Het enkele feit dat geen onderzoek is verricht doet niets af aan de goede trouw van de verkrijger.⁵⁷

Het kan ook voorkomen dat een derde niet geheel maar slechts gedeeltelijk beschikkingsonbevoegd is. Indien een absolute Verfügungsbeschränkung, een beperking van de beschikkingsbevoegdheid, is ingeschreven overeenkomstig de wettelijke vereisten dan geldt deze jegens een ieder, § 892. Dit geldt bijvoorbeeld voor faillissementen.⁵⁸ Een Grundbuch-ambtenaar zal een vreemding door een dergelijk persoon niet inschrijven omdat dit zou leiden tot een onjuiste inschrijving. Bij relatieve bevoegdheidsbeperkingen is dit niet het geval, omdat de ongeldigheid van de beschikking afhangt van het feit of de beschermde partij een beroep doet op de bepaling of niet. Het is dan een in beginsel geldige rechtshandeling die eventueel later ongeldig wordt. Voorbeelden voor deze beperkingen zijn gelegde beslagen of voorlopige rechterlijke maatregelen.⁵⁹

De regels van de §§ 891-899 inzake de bescherming van de derde die de eigendom wil verkrijgen, gelden analoog bij de vestiging van een recht van hypotheek, § 1138.

EEN KEUZERECHT VOOR DE DERDE?

Op grond van de eisen die het rechtsverkeer met name op het gebied van het onroerendgoedrecht stelt wordt algemeen aangenomen dat ten aanzien van de bescherming van § 892 BGB de derde geen keuze heeft om van de ingeschreven onware, dan wel de later bekend geworden ware feiten uit te gaan. Ten tijde van de verkrijging moet aanstonds duidelijk zijn of een overdracht heeft plaatsgevonden of niet.⁶⁰ Als een derde ten tijde van de overdracht niets van de ware verhoudingen afweet, dan zal hij verkrijgen op basis van de ingeschreven feiten; bezit hij de kennis op dat moment wel, dan komt bescherming op grond van § 892 BGB niet aan de orde.⁶¹

57 Schwab/Prütting, p. 86; BayObLG 10 mei 1989, NJW-RR 1989, p. 909.

58 Zie Westermann-Eickmann, Sachenrecht II, p. 97-98.

59 Westermann-Eickmann, Sachenrecht II, p. 98.

60 Fischer, p. 117-119.

61 Staudinger-Gursky, § 892 Rn 157 met verdere verwijzingen.

HET GRUNDBUCH EN ECHTPAREN

Een aantal feiten dat voor de beschikkingsbevoegdheid van groot belang kan zijn, is niet inschrijfbaar in het Grundbuch. Een ervan is het feit dat men gehuwd is, hetgeen van groot belang kan zijn in verband met de bepaling van § 1365 (verbod om zonder toestemming van de andere echtgenoot over zijn gehele vermogen te beschikken)⁶². Ook het feit dat iemand in een gemeenschap van goederen is gehuwd leidt in bepaalde gevallen tot beschikkingsonbevoegdheid. Niet in alle gevallen wordt de andere echtgenoot als mede-eigenaar van de gemeenschap in het Grundbuch ingeschreven hoewel dat wel gevraagd kan worden.⁶³

Wat is de situatie als beide echtgenoten die in Zugewinnngemeinschaft zijn gehuwd, als mede-eigenaren staan vermeld? Zijn zij dan slechts gezamenlijk bevoegd tot het overdragen of bezwaren van de betreffende zaak? Ter beantwoording van deze vragen moet eerst de mede-eigendom worden gekwalificeerd. Het BGB kent twee mogelijkheden. Het kan zijn dat de echtgenoten een *Gesellschaft*, § 705 e.v., zijn overeengekomen ten aanzien van de gemeenschappelijke zaken maar dan moeten zij ook uitdrukkelijk de bedoeling hebben gehad om zich te verbinden ter verwerkelijking van een bepaald doel.⁶⁴ Hun gemeenschappelijk eigendom is dan een Eigentum nach Bruchteilen. In de jurisprudentie vinden wij voorbeelden in de sfeer van een gezamenlijk gevoerd bedrijf dat om bepaalde redenen, bijvoorbeeld benodigde vergunningen of kredieten, op naam van de ene echtgenoot staat, terwijl de andere op voet van gelijkheid meewerkt.⁶⁵ Analooog zou men dit op de eigendom van een onroerend goed kunnen toepassen als zij dat goed aanschaffen om er winst mee te maken. Meestal zal Gesellschaft niet de voor dit geval passende rechtsverhouding zijn, omdat de echtgenoten niet het maken van winst als oogmerk hadden toen zij de zaak in gemeenschappelijk eigendom verkregen.

Meer voor de hand ligt de *Gemeinschaft*, § 741 e.v. Ook hier gaat het om Eigentum nach Bruchteilen maar zonder dat daar een bepaald doel aan ten grondslag hoeft te liggen dat de partijen met de zaak pogen te bereiken. Bij Gemeinschaft hebben beide echtgenoten een gebruiksrecht op de zaak voor zover dat niet een zelfde recht van de andere echtgenoot frustreert, § 743. Tot beschikking over de zaak zijn de echtgenoten steeds gezamenlijk bevoegd, §§ 744 en 747.⁶⁶ Dit stemt ook overeen met de inschrijving in het Grundbuch

62 Voor nadere bijzonderheden zie onderdeel 13.1.1.

63 Zie over deze problematiek verderop in onderdeel 6.5.

64 Palandt/Thomas, Randnr. 27 bij § 705. Uitgewerkt bij Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 114-116 met vele voorbeelden uit de jurisprudentie. Dit lijkt op een maatschap naar Nederlands recht.

65 Dit begrip staat tegenover de Gesamthandseigentum, die bijvoorbeeld ontstaat bij echtgenoten die in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, zie hoofdstuk 6. Deze gemeenschap heeft als bijzonderheid dat de echtgenoten niet over hun aandeel in de gemeenschap kunnen beschikken.

66 Deze variant lijkt op de titel 3.7-gemeenschap van het Nederlandse BW.

waar beiden als eigenaar staan vermeld; daarbij past een gezamenlijke beschikkingsmacht. Om praktische redenen kan de ene echtgenoot zijn beschikkingsmacht ook aan de andere echtgenoot of aan een derde overdragen⁶⁷ waardoor de onpraktische eis dat men steeds tezamen moet optreden in belangrijke mate wordt verzacht.⁶⁸

KORTE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKING

Zoals reeds bekend kent het Duitse recht een Grundbuch-stelsel met een positief karakter. Aan derden te goeder trouw kan niet worden tegengeworpen dat de in het register opgenomen toestand niet overeenstemt met de ware rechtstoestand. Andersom kan het slechts in uitzonderingsgevallen voorkomen dat de rechtstoestand betreffende een registergoed afwijkt van de werkelijke situatie.

Met de invoering van het NBW in Nederland is het Nederlandse registerstelsel het Duitse in grote mate genaderd, maar de overstap naar het positieve stelsel heeft men niet willen maken.⁶⁹ Men heeft gekozen voor een gematigd negatief stelsel. Daarbij speelde mede een rol dat de Duitse regeling een meer actieve houding van de ambtenaren van het register vergt, terwijl men in Nederland voor een meer lijdelijke rol kiest.

De gevolgen die uit dit verschil in de praktijk voortvloeien zullen in de navolgende hoofdstukken duidelijk worden.

4.3 Overdracht van vorderingen

In de volgende hoofdstukken zal met name bij overdracht van goederen de nadruk liggen op de overdracht van roerende en onroerende goederen, maar ter volledigheid zal in dit onderdeel kort de cessie naar Duits recht worden uitgewerkt. Hierbij valt op dat voor de cessie, los van het feit dat zij zich naar Duits recht binnen het abstracte stelsel afspeelt, duidelijk afwijkt van het huidige Nederlandse recht, bijvoorbeeld omdat mededeling aan de debitor cessus geen constitutief vereiste vormt voor de geldigheid van de cessie.

VEREISTEN VOOR CESSIE

De over te dragen vordering moet in ieder geval overdraagbaar zijn. Vorderingen zijn naar Duits recht in beginsel overdraagbaar. Partijen kunnen vorderingen onoverdraagbaar maken, aldus § 399. Ook kan de overdraagbaarheid wettelijk worden beperkt of opgeheven, zie bijvoorbeeld § 400 (cessie is

⁶⁷ Palandt/Thomas, Randnr. 2 bij § 744, met een beroep op BGH 16 maart 1961, BGHZ 34, p. 367; BGH 12 juli 1982, NJW 1983, p. 449. I.c. werd ten aanzien van een § 745-relatie gezegd dat in gevallen dat overdracht van de beschikkingsmacht redelijkerwijs niet in stand kan blijven, deze kan worden beëindigd. Opheffing van de gemeenschap is dan niet nodig, en vaak ook onwenselijk.

⁶⁸ Zie ook Roth, FamRZ 1979, p. 367.

⁶⁹ PG Boek 3, p. 108; PG Kadasterwet, p. 19 en 56; Pitlo/Reehuis-Heisterkamp, Goederenrecht nr. 85.

onmogelijk als de vordering niet kan worden verpand) en § 847 inzake uitkeringen wegens letselschade. Ook de te verrichten prestatie kan onoverdraagbaarheid met zich meebrengen, bijvoorbeeld bij een prestatie die alleen door de schuldenaar zelf kan worden verricht.⁷⁰

In het Duitse recht is de cessie van vorderingen (Abtretung)⁷¹ niet aan vormvereisten gebonden, ook als de obligatoire overeenkomst die aan de cessie en grondslag ligt wel aan vormvereisten is gebonden.⁷² Een vordering gaat volgens § 398 over door een zakelijke overeenkomst.⁷³ Ook voor de cessie geldt het abstracte stelsel. Mededeling aan de debitor cessus is niet vereist.⁷⁴ Zolang de debiteur subjectief niet op de hoogte is van de cessie⁷⁵ kan hij bevrijdend betalen aan de cedent, aldus § 408. Hij is daartoe niet verplicht. Als het hem beter uitkomt om alsnog aan de ware crediteur te betalen⁷⁶ dan kan hij het gepresteerde bij de cedent terugvorderen op grond van ongerechtvaardigde verrijking, zie § 812 e.v., en alsnog aan de cessionaris betalen.

Zodra de cedent mondeling of schriftelijk aan de debitor cessus heeft medegedeeld dat er een cessie heeft plaatsgevonden, kan de debitor cessus zich niet meer op het feit beroepen dat hij niets van de cessie wist. Dit geldt ook voor een geloofwaardige mededeling van de cessionaris.⁷⁷

De cedent moet aan de cessionaris de papieren afgeven die nodig zijn om de vordering te kunnen innen, zo bepaalt § 402. Indien de cessionaris dit wenst moet de cedent een ‘öffentlich beglaubigte Urkunde’,⁷⁸ de zogenaamde Abtretungsanzeige, aan de cessionaris afgeven ten bewijze van de cessie. Daarmee staat de cessie jegens de schuldenaar vast, zie § 409. Deze kan daarna bevrijdend betalen aan de cessionaris, ook al zou er geen geldige

70 Palandt/Heinrichs, Randnr. 4 bij § 399, geeft meer voorbeelden.

71 Daaronder vallen ook vorderingen aan order (Orderpapieren, waaronder vallen Wechsel en Scheck). Deze kunnen door endossement, maar ook via een Abtretung worden overgedragen. Men neemt aan dat daarbij ook afgifte van het papier moet plaatsvinden. Palandt/Heinrichs, Randnr. 8 bij § 398 met vermelding van jurisprudentie en literatuur. Vorderingen aan toonder worden overgedragen via de regels die voor roerende zaken gelden.

72 Palandt/Heinrichs, Randnr. 7 bij § 398 en Randnr. 6 bij § 313. BGH 11 november 1983, BGHZ 89, p. 46. Dit vormvereiste kan bijvoorbeeld gelden als bij de overdracht van de aanspraak op levering van een onroerend goed een verplichting tot verkrijging van dat goed met zich meebrengt.

73 Palandt/Heinrichs, Randnr. 3 bij § 398. Deze zakelijke overeenkomst kan ook in de obligatoire overeenkomst besloten liggen, zie BGH 18 november 1968, NJW 1969, p. 40.

74 Palandt/Heinrichs, Randnr. 1 bij § 407.

75 Het gaat er niet om of hij ervan had moeten weten. Palandt/Heinrichs, Randnr. 6 bij § 407.

76 Palandt/Heinrichs, Randnr. 5 bij § 407, geeft als voorbeeld, dat hij zich bijvoorbeeld jegens de (failliete) cessionaris kan beroepen op compensatie.

77 § 409, zie ook Palandt/Heinrichs, Randnr. 6 bij § 407 met beroep op RG 21 september 1910, RGZ 74, p. 120, dat ‘wirkliche Kenntnis’ eist op grond van de wetsgeschiedenis. Voor de mededeling van de cessionaris zie BGH 19 oktober 1987, BGHZ 102, p. 74. Men eist in de regel niet dat de debiteur zelf op onderzoek uitgaat. In casu was onderzoek wel geboden omdat men twijfel had moeten hebben omtrent de validiteit van een afgegeven cheque.

78 Zie § 129. Deze bepaling eist dat er een schriftelijk stuk wordt opgemaakt, dat wordt ondertekend. De notaris moet de handtekening ‘beglaubigen’. Men kan ook gebruik maken van een notariële akte; zie Palandt/Heinrichs, Randnr. 1-3 bij § 129.

cessie hebben plaatsgevonden. Voor de goederenrechtelijke positie maakt deze mededeling geen verschil.⁷⁹ Bij de betaling kan de debitor cessus afgifte vorderen van een cessie-akte die door de cedent is afgegeven, aldus § 410.

CESSIE DOOR EEN ONBEVOEGDE CEDENT

Wanneer schuldeiser C een vordering op debiteur D eerst aan cessionaris A overdraagt, en daarna nog eens overdraagt aan cessionaris B, verkrijgt alleen cessionaris A de vordering.⁸⁰ De tweede cessie is immers onbevoegdelijk geschied en B verkrijgt geen recht; dit is af te leiden uit § 408.⁸¹ Indien een cessionaris om andere redenen onbevoegd is, bijvoorbeeld omdat hij samen met zijn in Zugewinnngemeinschaft gehuwde echtgenoot rechthebbende op de vordering was, zie § 747, 2^e zin, dan is de cessie ook onbevoegdelijk geschied en verkeren partijen in een situatie die vergelijkbaar is met het zojuist geschetste voorbeeld. Er is geen beschermingsconstructie die vergelijkbaar is met het Nederlandse art. 3:88 voor cessie door een onbevoegde.

79 BGH 17 mei 1977, NJW 1977, p. 1637.

80 § 408, Prioritätsprinzip, zie Palandt/Heinrichs, Randnr. 1 bij § 408.

81 Palandt/Heinrichs, Randnr. 1 bij § 408. Debiteur X kan eventueel beschermd worden als hij aan B betaalt, mits hij voldoet aan de vereisten van § 407: hij mag niet op de hoogte zijn van het feit dat de vordering eerder al aan A was gecedeerd. Dit staat los van de verkrijging van de vordering zelf maar is een uitvloeisel van het feit dat X bevrijdend kan betalen aan de 'verkeerde' schuldeiser.

De positie van derden ten aanzien van echtgenoten met een
bestuursverdeling die afwijkt van het wettelijk stelsel

HOOFDSTUK 5

Nederlands intern recht: de positie van derden in Nederland bij afwijkingen van de bestuursverdeling neergelegd in de art. 1:90 en 97 BW

Als toekomstige echtgenoten besluiten om van meet af aan af te wijken van de wettelijke gemeenschap van goederen met de daarbij behorende bestuursverdeling dan kan deze afwijking voor derden op twee fronten van belang zijn. Afwijkingen van de wettelijke gemeenschap zullen met name van belang zijn voor de verhaalspositie van derden die een vordering op een van de echtgenoten hebben. Aangezien dit geen goederenrechtelijke effecten heeft maar slechts de verhaalsmogelijkheden van de crediteuren beïnvloedt, zullen de gevolgen van een afwijking van de wettelijke gemeenschap van goederen in hoofdstuk 14 aan de orde komen. Slechts de goederenrechtelijke effecten van een bestuursverandering komen in dit hoofdstuk aan de orde.

De werking van de hierna te behandelen artikelen is overigens tot die rechtshandelingen beperkt, waarvan de daaraan verbonden rechtsgevolgen op enigerlei wijze afhankelijk zijn van het huwelijksvermogensregime en waarvoor raadpleging van het register dus van belang is. Daartoe behoren bijvoorbeeld niet onrechtmatige daden van derden en andere verbintenissen uit de wet.¹

Echtgenoten kunnen langs een beperkt aantal wegen bereiken dat vanaf de huwelijksluiting de andere echtgenoot bestuursbevoegd is over de goederen die zij in eigendom hebben, dan het volgens de wettelijke bestuursverdeling ex art. 1:90 j° 1:97 lid 1 het geval zou zijn.²

5.1 de voorhuwelijksse bestuursovereenkomst, art. 1:97 lid 1 BW

Een manier om een verandering in de bestuursverdeling te bewerkstelligen is een bestuursovereenkomst. Echtgenoten kunnen bijvoorbeeld kiezen voor een

1 Zie HR 18 juni 1952, NJ 1953 530 mnt. PhANH, AAe 1952/53 p. 81 mnt. J. Wiarda; De Jong, diss., p. 10; Asser-Moltmaker nr. 425.

2 Ik begrijp daar ook de vorderingen onder waarvan de echtgenoten rechthebbenden zijn, maar ten vereenvoudiging van de terminologie zal ik hier spreken van eigendomsverhoudingen van de echtgenoten.

cumulatieve of facultatieve bestuursverdeling.³ Vooral de laatste lijkt mij in de praktijk geen slechte optie, aangezien ze art. 1:92 lid 1 overbodig zou maken ten aanzien van o.a. roerende gemeenschapsgoederen.⁴

Een bestuursovereenkomst is een zekere maar ook vrij definitieve manier om van de wettelijke bestuursverdeling af te wijken. Een echtgenoot die van mening verandert kan niet zomaar wijziging van de bestuursovereenkomst verkrijgen.⁵ Deze weg is in de praktijk niet populair, mede omdat de bestuursovereenkomst in de vorm moet geschieden die voor huwelijkse voorwaarden is voorgeschreven. Dat brengt in ieder geval een bezoek aan de notaris met zich mee.⁶

Een bestuursovereenkomst kan verschillende varianten hebben met verschillende gevolgen voor derden.⁷ Een facultatieve bestuursovereenkomst heeft voor de derde geen gevolgen. De bestuursmacht zoals zij zonder de bestuursovereenkomst bestond, is niet ingeperkt. Degene die zonder bestuursovereenkomst bevoegd was over een goed te beschikken is dat nog steeds. Het enige verschil bestaat in het feit dat dan ook de andere echtgenoot bestuursbevoegd is geworden. Indien het een privaatieve bestuursovereenkomst betreft, dan heeft dit gevolgen voor de gemeenschapsgoederen, omdat men zich ten aanzien van de eigen privégoederen niet onbevoegd kan maken.⁸ In dit geval moet de derde rekening houden met een veranderde bestuursmacht.⁹ Dit geldt ook voor cumulatief bestuur, omdat dan alleen beide echtgenoten samen mogen optreden. Indien hij met een onbevoegde echtgenoot handelt dan gelden voor hem de gewone derdenbeschermingsmaatregelen zoals die ook gelden indien men te maken heeft met een echtgenoot die om andere redenen bestuursonbevoegd is.¹⁰

De jurisprudentie op basis van het oude recht die deels uitging van de mogelijkheid van een mondelinge bestuursovereenkomst is niet meer actueel.¹¹ Onder het oude recht was in de literatuur al omstreden of mondelinge

3 Zie Klaassen-Eggens-Luijten, p. 135, en Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 227 voor een bespreking van de opties die aan de echtgenoten ten dienste staan en de problemen die in het verleden rond de bestuursovereenkomst optraden.

4 De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 272.

5 Kakebeeke-Van der Put, NJB 1966, p. 232.

6 Zie Soons, oratie Leiden 1992, p. 12. Volgens zijn weten zijn sinds 1970 geen bestuursovereenkomsten meer voorgekomen. In ieder geval kunnen wij gerust aannemen dat het geen populair middel is. Ook Luijten schrijft in die zin, Personen- en familierecht II, p. 59.

7 Asser-Moltmaker nr. 335; Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer p. 227-228. Zoals reeds in hoofdstuk I is vastgesteld, is de academische belangstelling voor de bestuursovereenkomst groter dan de praktijk ten toon spreidt.

8 Asser-Moltmaker nr. 335.

9 Voor een behandeling van de concrete vragen of men van een derde mag verwachten dat hij daadwerkelijk het huwelijksgoederenregister raadpleegt en wat de gevolgen zijn van kennis van de huwelijkse voorwaarden voordat publicatie heeft plaatsgevonden, verwijs ik naar onderdeel 5.4.

10 Zie hoofdstuk 3.

11 HR 6 december 1968, NJ 1969 111.

overeenkomsten geldig waren,¹² maar sinds de nieuwe wetgeving in 1970, die de vorm voor huwelijkse voorwaarden dwingend voorschrijft, is het met de populariteit van bestuursovereenkomsten definitief gedaan.¹³ Gezien het feit dat ook na aanpassing aan de Boeken 3, 5 en 6 NBW deze mogelijkheid bleef gehandhaafd, wil ik toch kort op de gevolgen ervan voor derden ingaan.¹⁴

Echtgenoten kunnen al voor de huwelijkssluiting huwelijkse voorwaarden maken, die een bestuursovereenkomst kunnen inhouden. Deze werken dan vanaf de huwelijkssluiting, art. 120 lid 1.¹⁵ Het is de bedoeling dat de bestuursovereenkomst ook in het huwelijksgoederenregister wordt ingeschreven na de huwelijkssluiting, zie de tekst van art. 1:116 BW.¹⁶

Aangezien de rechtshandelingen voor de huwelijkssluiting naar het algemene vermogensrecht worden beoordeeld, en die welke erna worden verricht, vallen onder de wettelijke regeling, gemodificeerd door de bestuursovereenkomst, is het van belang om te bekijken, welke gevolgen deze combinatie voor derden heeft. Daarbij is van belang of de bestuursovereenkomst al dan niet is geregistreerd. Tevens moet daarbij worden bekeken of het wellicht verschil maakt of de obligatoire fase voor of na de huwelijkssluiting is afgesloten.

5.1.1 De bestuursovereenkomst was ingeschreven voor de levering

Dit wordt bekeken aan de hand van een casus: de postzegelverzameling. Voor de huwelijkssluiting heeft de aanstaande echtgenoot Mark zijn collectie van zeldzame postzegels verkocht aan Paulien. Levering moet plaatsvinden na de huwelijksdatum, zo wordt afgesproken. Nadat Mark met zijn geliefde Maria in het huwelijksbootje is gestapt werkt de bestuursovereenkomst waarin Mark en Maria waren overeengekomen dat zij voor alle bestuurshandelingen slechts gezamenlijk bevoegd zouden zijn. Na de huwelijkssluiting wil Mark de collectie leveren. Is hij daartoe nog bevoegd en zo niet, kan dan Mark de postzegels toch zonder medewerking van Maria aan Paulien leveren?¹⁷ Dit hangt er wellicht van af of de bestuursovereenkomst was ingeschreven in het huwelijksgoederenregister of dat Paulien langs andere weg op de hoogte was van die afspraak, waarbij wellicht de kennis van Paulien omtrent

12 Zie o.m. Van Oven, NJB 1956, p. 36 en WPNR 4483 (1957); Douwes, WPNR 4481 (1957); De Bruijn, WPNR 4504 (1957), p. 372 met een weergave van de verschillende standpunten in deze kwestie.

13 Zo ook Van der Burght, WPNR 5655 (1983), p. 369.

14 Kraan behandelt de verschillende vormen op p. 54-55.

15 Asser-Moltmaker nr. 409.

16 Klaassen-Eggens-Luijten, p. 225. Indien door een misverstand de inschrijving reeds eerder geschiedt, dan leidt dit niet tot ongeldigheid van de inschrijving.

17 In onderdeel 3.1 was een keuze gemaakt omtrent de positie van de echtgenoten ten aanzien van gemeenschapsgoederen. Daarbij ging de voorkeur uit naar bezit van de bestuursbevoegde echtgenoot. In dit geval zou dit leiden tot medebezit van beiden, waardoor een c.p.-levering van de ene echtgenoot alleen geen bezitsoverdracht tot gevolg zou kunnen hebben. Om deze keuze geen al te groot gewicht te geven, zal in het vervolg worden uitgegaan van een feitelijke levering.

de datum van de huwelijkssluiting ook nog relevant zal zijn. Deze aspecten zullen nader bekeken worden. Ik ga er van uit dat Paulien de desbetreffende registers niet daadwerkelijk heeft geraadpleegd en de kennis omtrent deze feiten niet via een andere weg heeft verkregen.

BEKENDHEID MET DE HUWELIJKSE STAAT?

De vraag is of Paulien geacht wordt te weten dat Mark op een bepaalde dag met Maria is gehuwd en dat daarmee de goederenrechtelijke beschikkingsmacht ineens niet meer bij Mark alleen ligt. Veel schrijvers maken een onderscheid naar art. 1:92-goederen en registergoederen. Bij de laatste zou men ook onderzoek naar de burgerlijke staat moeten instellen; bij de eerste soort hoeft dat niet vanwege de werking van art. 1:92. Bij art. 3:88-goederen moet eerder navraag worden gedaan gezien de beschermingsratio van deze bepaling.¹⁸

Klein¹⁹ bespreekt dit probleem ook in het licht van de tekst van het Ontwerp-Meijers van art. 3.1.1.12, de voorloper van art. 3:11. Daarin was nog vermeld dat de onderzoeksplicht in het algemene vermogensrecht als volgt wordt ingevuld:²⁰

“Bij de vaststelling van hetgeen iemand behoorde te kennen, wordt rekening gehouden met de oplettendheid en het onderzoek, die van een normaal persoon in verband met de omstandigheden van het gegeven geval kunnen worden gevergd.”

De verwijzing naar het ‘normale persoon’ is inmiddels verdwenen, maar Klein benadrukt dat deze factor onder omstandigheden nog wel een rol kan spelen. De rechter moet de belangen van de echtgenoten afwegen tegen de belangen van de derde. Daarbij speelt ook een rol dat bij grote transacties, bijvoorbeeld de verkoop van een onroerend goed, een notaris moet worden ingeschakeld die op grond van zijn functie een onderzoeksplicht heeft. Klein werkt dit uit in die zin dat het raadplegen van bijvoorbeeld het huwelijks-goederenregister voor een notaris wel normaal is,²¹ in tegenstelling tot hetgeen men normaliter van een juridische leek mag verwachten.

Ik kan mij voorstellen dat de regel van automatische algemene bekendheid van het ingeschreven feit in een aantal gevallen niet werkt, bijvoorbeeld als een echtgenoot de derde misleidt omtrent zijn gehuwde staat. Als men, na expliciet te hebben geïnformeerd naar de burgerlijke staat van een wederpartij, een verkeerd antwoord krijgt, dan hoeft een derde niet op nader onderzoek uit te gaan.²² De redenen voor misleiding aan de kant van de echtgenoot kunnen minder nobel zijn (bijvoorbeeld omdat hij een buitenechtelijke relatie

18 Zie De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 289; De Jong, diss., p. 149 met verdere verwijzingen.

19 WPNR 4655 (1960).

20 PG Boek 3, p. 104.

21 Uit de notariële praktijk heb ik vernomen dat het huwelijksgoederenregister vrijwel nooit wordt geraadpleegd door notarissen, waarmee Kleins opmerking enigszins aan waarde inboet.

22 Klein, WPNR 4655 (1960); De Jong, diss., p. 151. Vroeger nog anders: HR 1 maart 1935, NJ 1935 p. 833 mnt. PS.

onderhoudt) maar de derde die er niets mee te maken heeft en die niet beter weet en hoeft te weten dan hetgeen de echtgenoot op zijn vraag heeft geantwoord, mag niet de dupe worden van de misleiding. Dit kan erg nadelig zijn voor de andere echtgenoot maar ik denk dat dit soort risico's voor rekening van de echtgenoten moeten blijven, tenzij aan de andere zijde een bijzonder deskundig iemand, bijvoorbeeld de reeds eerder genoemde notaris staat. Dit is een onderdeel van het verbond in goede en slechte tijden, dat het huwelijk nu eenmaal is.²³

Afgezien van bijzondere gevallen zoals hierboven genoemd, kunnen mijns inziens derden in het algemeen geen beroep doen op het feit dat zij niet weten dat hun wederpartij gehuwd is. Als men niet informeert omtrent de burgerlijke staat dan komt dat voor eigen risico.²⁴ Weliswaar is niet duidelijk of men pogingen moet ondernemen om de registers van de Burgerlijke Stand te raadplegen maar mijns inziens terecht wordt door Van Duijvendijk-Brand aangenomen dat men niet te goeder trouw is als men nalaat om te informeren bij de betrokkene of deze gehuwd is.²⁵

VERHOUDING TUSSEN ART. 1:116 EN 1:92 BW

Kan art. 1:92 soelaas bieden ten aanzien van de werking van een bestuurs-overeenkomst? In art. 1:92 wordt gezegd dat iemand aan wie niet kenbaar is wie bestuursbevoegd is ten aanzien van bepaalde goederen, degene die het goed feitelijk onder zich heeft, voor bevoegd kan houden. Gaat dit artikel inzake de goede trouw vóór de kennis die men geacht wordt te hebben tengevolge van de inschrijving in het huwelijksgoederenregister of kan zich ondanks de inschrijving nog een geval van art. 1:92-goede trouw voordoen?

Het komt in wezen neer op de vraag wat de positie is van een derde als echtgenoten een inschrijving in het huwelijksgoederenregister hebben laten doen, maar de derde subjectief onkundig is van het ingeschreven feit. Als deze vraag is beantwoord dan kunnen wij eventueel nog toekomen aan de verhouding tussen het bijzondere artikel 1:116 dat alleen geldt voor ingeschreven feiten in het huwelijksgoederenregister en art. 1:92 dat staat in het algemeen deel van het huwelijksvermogensrecht.

FUNCTIE VAN HET HUWELIJKSGOEDERENREGISTER

Heeft de inschrijving in het register plaatsgevonden, is het dan mogelijk om

23 Deze opvatting heeft ook gevolgen voor de toestemmingseis van art. 1:88. Behalve bij giften in de zin van art. 88 lid 1 sub b) kan de andere echtgenoot het gemis van toestemming niet aan derden te goeder trouw tegenwerpen. Omtrent de inhoud van het huwelijkse verbond zie Van der Burght, WPNR 5886 (1988).

24 Zie De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 289 met verdere verwijzingen; Asser-De Ruiter nr. 257 in het kader van art. 1:89: 'redelijk onderzoek' is vereist waarbij men ervan uit moet gaan dat de wederpartij getrouwd kan zijn; Klaassen-Eggens-Luijten, p. 53-54 in het kader van art. 1:89 en p. 142 bij de overdracht van registergoederen. Anders Minister Van Oven, Van Ewijk-Polak, p. 38.

25 Compendium Personen- en familierecht, nr. 56 in het kader van art. 1:89.

een 'automatische' werking jegens derden aan te nemen, zonder acht te slaan op het feit of de derde subjectief op de hoogte was van de inhoud van het gepubliceerde? Het probleem ligt vooral daarin dat in de praktijk bijna nooit inzage in het register wordt gevraagd. Dat heeft er onder meer mee te maken dat het register met de gegevens wordt aangehouden bij de griffie van de rechtbank binnen welker rechtsgebied het echtpaar is getrouwd, art. 1:116.²⁶

Aangezien dit de inzagemogelijkheden door de toegenomen mobiliteit (zowel van de echtgenoten na het huwelijk alsook door de mogelijkheid om in een andere dan de woonplaats te huwen)²⁷ bemoeilijkt, is van verschillende kanten voor een Centraal Huwelijksgoederenregister gepleit, waardoor de informatie veel beter toegankelijk zou zijn.²⁸ Bovendien moeten inschrijvingen van huwelijkse voorwaarden van huwelijken die in het buitenland zijn gesloten, in het register van Den Haag geschieden, art. 1:116 lid 1 slot, zodat daar ook al een zekere concentratie heeft plaatsgevonden.

Een compromis tussen het lokale inschrijvingssysteem, zij het in de woonplaats- of de huwelijksplaats-variant, en een centraal register is door Konijn en Ricksen-van Gerven naar voren gebracht.²⁹ Zij stellen naast de huidige lokale registratie een extra centraal register voor, waar kopieën van alle inschrijvingen naar toe zouden moeten worden gestuurd. De notarissen moeten dan huwelijkse voorwaarden naar beide registers opsturen. Het is nog maar de vraag of dit afdoende is.

Zelfs als inzage wordt gevraagd, dan is het in de praktijk nog maar de vraag of de ambtenaar de gewenste informatie wil verschaffen.³⁰ Hij is hiertoe wel verplicht, art 4 Besluit Huwelijksgoederenregister 1969.³¹ Los van allerlei technische problemen zijn veel mensen niet eens op de hoogte van het bestaan van dit register en de rechtsgevolgen die uit de inschrijving kunnen voortvloeien. Daartegen is geen enkele technische oplossing opgewassen.

Ondanks de door Van der Burght in zijn oratie aangevoerde argumenten tegen een 'automatische' werking van ingeschreven huwelijkse voorwaarden - die overigens getuigen van een mij zeer aansprekende realiteitszin - sluit ik mij in deze aan bij de schrijvers die tegen de ontkenning van de automatische werking van een inschrijving zijn gekant en aannemen dat inschrijving auto-

26 Asser-Moltmaker nr. 420.

27 Zie art. 1:43 lid 2 BW.

28 Zie De Bruijn, RM Themis 1954, p. 54; Wiarda, WPNR 4930 (1966); Rombach, WPNR 4946 (1961); Asser-Moltmaker nr. 417 met verdere verwijzingen. Zie Van Ewijk-Polak p. 58, voor de besprekingen ter gelegenheid van de Lex Van Oven. Toen werd het plan afgewezen omdat Minister Donker vond dat een lokaal systeem makkelijker zou zijn. Zie verder De Jong, diss., p. 5-7 voor enkele opmerkingen over de geschiedenis van de totstandkoming van het Huwelijksgoederenregister.

29 WPNR 5574 (1981).

30 Van der Burght, Ongekende wetenschap, p. 19-20; Ebben, p. 105; Van Veen, WPNR 5985 (1990).

31 KB van 26 november 1969, S. 525, gewijzigd bij KB van 21 oktober 1971, S. 629. Zie De Jong, diss., p. 6; Konijn/Ricksen-van Gerven, WPNR 5574 (1981).

matisch de goede trouw van de wederpartij wegneemt.³²

Vóór een 'automatische' werking tegen derden, ongeacht de graad van hun subjectieve kennis van de inhoud van de inschrijving, pleiten twee argumenten:

Indien men in het huwelijksvermogensrecht zou toestaan om zonder wettelijke basis - zoals art. 3:24 - te nuanceren ten aanzien van de onderzoeksplicht naar ingeschreven feiten dan zou dit tot een duidelijke breuk leiden met de rest van het vermogensrecht. In bijvoorbeeld het recht inzake echtscheidingen, art. 1:163, en het recht inzake registergoederen³³ geldt dat publicatie leidt tot veronderstelde bekendheid met de ingeschreven feiten.³⁴ Bij curatele begint de bescherming van de curandus met de uitspraak van de rechter, art. 1:381; publicatie is geen vereiste voor de geldigheid of de derdenwerking van de curatele. In het volmachtsrecht wordt aan de publicatie toch nog enige werking toegekend, zie art. 3:72 j° 76 lid 1 sub a.³⁵ Opvallend is overigens dat bij de registerbescherming wel de inschrijving in het curateleregister als beginpunt voor de derdenbescherming wordt gehanteerd, zie art. 3:24 lid 2 sub b. Dit past dus niet bij het zojuist genoemde uitgangspunt bij curatele, waar de werking al eerder wordt aangenomen.³⁶ Het strookt wel met het idee dat inschrijving van een feit de basis is voor werking jegens onkundige derden.

Het lijkt mij onwenselijk om dan juist in het huwelijksvermogensrecht van dit principe af te wijken. In het NBW wordt tenslotte Boek 1 ook voor zover mogelijk onder de algemene bepalingen van Boek 3 NBW gebracht. Weliswaar kunnen de regels inzake de inschrijving in het register voor onroerend goed niet geheel worden overgenomen in het huwelijksvermogensrecht, art. 3:24 lid 1 sub a) wijst daar ook op, maar ik denk niet dat het goed is om de afwijking zo groot te maken. Het argument van Van Veen³⁷ overtuigt mij

32 Asser-Moltmaker nr. 424; Rozemond, WPNR 4480 (1957), p. 88, over het oude art. 207, een voorloper van ons huidige art. 116; Nuytinck in gelijke zin ten aanzien van gepubliceerde bestuurs-overeenkomsten, diss., p. 57; idem De Bruijn, WPNR 4504 (1957), p. 373; Dijk, Soons, Prae-advies BN 1966 p. 92 en Kleijn, oratie Leiden, p. 10. Anders: Polak, prae-advies BN 1957, p. 16.

33 Zie o.a. J. Wiarda, WPNR 4567, 4568 (1959); noot Meijers onder HR 18 april 1947, NJ 1948 447; Vos-Wttewaall, De positie van derden na handelen met de gefailleerde, is erg kritisch; Van der Burght, Ongekende wetenschap, p. 11 en de daar vermelde jurisprudentie en verdere literatuur; Croes, WPNR 5325-5326 (1975), voor feiten uit het familierecht. Voor voorbeelden inzake inschrijfbaar feiten, wier kennis door de inschrijving zelf als bekend worden verondersteld (via art. 3:23) zie Schoordijk, Vermogensrecht in het algemeen, Boek 3 p. 62; T&C (Huijgen), aant. 3 bij art. 3:17 en aant. 2 bij art. 3:88.

34 In het oude BW was deze regel niet waterdicht. Zie art. 1759 (oud) waar de bewaarnemer niet automatisch kennis van de ondercuratelestelling van de bewaargever werd geacht te hebben als deze tijdens de bewaarneming was uitgesproken. Het gevolg van kennis van de ondercuratelestelling was dat de bewaarnemer het goed niet meer aan de curandus mocht afgeven, maar alleen aan de curator. Als de bewaarnemer dat niet wist, was hij beschermd. Deze regel is met de invoering van bewaargeving in het NBW in titel 7.9 afgeschaft.

35 Zie De Jong, diss., p. 145; MvA II bij art. 3.3.16, PG Boek 3, p. 300.

36 De Jong, diss., p. 196.

37 WPNR 5985 (1990), p. 819.

niet. Hij meent dat het op grond van het verschil in ratio tussen de verschillende inschrijvingsverplichtingen juist zou zijn om bij inschrijvingen van ondercuratelestellingen wel automatische werking jegens derden aan te nemen omdat de curandus ten koste van anderen beschermd moet worden, terwijl echtgenoten hun interne afspraken niet ten koste van in feite onwetende derden zouden mogen doorzetten. Aangezien Van Veen geen algemene plicht tot inzage in het huwelijksgoederenregister aanneemt vanwege de daaraan verbonden praktische bezwaren, zouden derden in het huwelijksvermogensrecht wel een beroep op hun goede trouw kunnen doen, ook al is er een inschrijving in het huwelijksgoederenregister geschied.

Dit zou passen in de regeling van de Faillissementswet, waar in art. 35 lid 3 een uitzondering wordt gemaakt ten aanzien van de bekendheid met de faillietverklaring. Bij goederen die vallen onder art. 3:86 en 3:238 geldt dat de goede trouw van de verkrijger niet reeds door de inschrijving van de faillietverklaring in het faillissementsregister overeenkomstig art. 19 Fw wordt opgeheven, maar slechts door publicatie van de faillietverklaring in de Staatscourant en eventueel in aangewezen nieuwsbladen. Deze uitzondering wordt gemotiveerd met het feit dat

“in verband met de aard van deze goederen publicatie in een register geheel buiten zijn (bedoeld is de verkrijger, BER) gezichtskring zal liggen.”³⁸

Daar wordt uit de aard van de goederen een verlichte onderzoeksplicht afgeleid: bij art. 3:86-goederen hoeft je normaliter bij de verkrijging niet in een register te kijken. Het zou raar zijn om bij faillissement van deze regel af te wijken. Anderzijds vraag ik mij af of die publicatie in de Staatscourant en in eventueel door de rechter-commissaris aangewezen nieuwsbladen in de praktijk meer mensen op de hoogte brengt dan de (ook nauwelijks geraadpleegde) registratie in het Faillissementsregister.

Is deze uitzondering voldoende om ook voor het huwelijksgoederenrecht af te wijken van de algemene regel dat publicatie in een register leidt tot automatische kennis bij derden? Afgezien van de genoemde dogmatische bezwaren lijkt mij de oplossing van de Faillissementswet niet beter. Afwijking is derhalve in mijn visie niet nodig: publicatie in het huwelijksgoederenregister moet voldoende zijn om goede trouw bij derden weg te nemen. De redenering van Van Veen neem ik dus niet over.

Ten tweede pleit voor mijn opvatting het volgende. Indien men in het huwelijksvermogensrecht de inschrijving in het register alleen maar als een mogelijke mededelingsvorm naast andere vormen beschouwt, dan is hiermee aan de inschrijving haar grond voor een groot deel ontvallen.³⁹ De ‘eigendomsverhoudingen’ zoals bedoeld in de huwelijkse voorwaarden, hebben dan alleen nog maar interne werking - totdat de derde kennis krijgt van het afwij-

38 MvT II van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 bij art. 35 Fw, PG Wijziging Rv e.a.w., p. 382.

39 Van der Burght, Ongekende wetenschap, p. 32 e.v.

kende stelsel dat tussen echtgenoten geldt. Tot die tijd geldt extern de wettelijke regeling. Partijen zouden dan, door geen mededeling van hun afwijkende stelsel te doen, de mogelijkheid krijgen om - ad hoc, geheel naar eigen wensen - variabele eigendomsposities jegens derden te creëren. Door hun mond te houden en te hopen dat derden niet langs andere weg alsnog horen van hun afwijkende stelsel, zouden zij extern rechtsgeldig een effect kunnen creëren dat zou neerkomen op een bestuursregeling die afwijkt van de afgesproken regeling. Ik ben het eens met Hidma⁴⁰ die dit 'ongewisse' resultaat afwijst. Het is geheel uit den boze dat echtgenoten door een mededeling na het ontstaan van een verbintenis nog veranderingen in de positie van hun wederpartij kunnen aanbrengen.⁴¹ Men moet zich realiseren dat zich dit allemaal kan afspelen terwijl ten opzichte van een andere wederpartij die wel op de hoogte is van de huwelijkse voorwaarden, deze gewoon extern effect hebben. Rechtszekerheid is dan ver te zoeken.

Luijten en Rombach willen dit nuanceren in die zin dat derden die verschoonbaar onkundig waren van de publicatie, van de 'automatische' werking van inschrijvingen in het register worden uitgezonderd. Ik vraag mij af onder welke omstandigheden zich een dergelijke uitzondering zou kunnen voordoen. Hierover geven zij geen uitsluitsel.⁴² Rombach geeft toe dat in dit geval de vraag, of een derde huwelijkse voorwaarden tegen zich moet laten werken, (on)eigenlijk wordt gereduceerd tot een bewijsvraag. Luijten wil in dit geval de bewijslast omkeren, zodat de derde moet bewijzen dat zich de uitzonderlijke situatie voordoet dat hij, hoewel in gebreke ten aanzien van de raadpleging van het register, desondanks te goeder trouw is.

De Hoge Raad heeft in een oud arrest⁴³ ook wel eens als criterium gegeven dat men moet toetsen of de onbekendheid met een feit dat in de Staatscourant was gepubliceerd, verwijtbaar is. Het ging om een belening van een polis, waarover de ene echtgenoot door een vonnis van scheiding van tafel en bed, dat in de Staatscourant⁴⁴ was gepubliceerd, onbevoegd was geworden. De vrouw stelde een wanprestatieactie in. In dit kader werd de bovengenoemde vraag gesteld, maar helaas niet verder uitgewerkt.

J.C. van Oven⁴⁵ gaf als voorbeeld: derden die - onkundig van het feit dat de wederpartij gehuwd was - er helemaal niet aan denken om het register te

40 Hidma, diss., p. 109-110.

41 De Hoge Raad wijst dit gevolg in een oud arrest af indien de publicatie in het Huwelijksgoederenregister plaatsvindt na het ontstaan van de verbintenis. 25 november 1881, W 4714. Hier werden de huwelijkse voorwaarden pas 9 jaar na het overeenkomen van een gemeenschap van winst en verlies ingeschreven.

42 Klaassen-Eggens-Luijten p. 224; Rombach, WPNR 4946 (1961).

43 28 februari 1957, NJ 1958 279 mnt. LEHR.

44 Zie voor een discussie of de Staatscourant een landelijk verspreid dagblad in de zin van diverse bepalingen van Boek 2 BW is: Rientjes, JBN november 1992, nr. 128 en Stubbé, JBN april 1993, nr. 46. Deze discussie heeft analoog ook enige relevantie voor huwelijksgoederenrechtelijke publicaties, omdat zij iets zegt over de informatieverzorging die van deze publikatie uitgaat.

45 WPNR 4483 (1957), p. 122.

raadplegen. Voor deze derden geldt niet dat zij de kwade kans accepteren dat iets gepubliceerd is waarvan zij niets afweten. Het is natuurlijk maar de vraag wanneer derden verschoonbaar onkundig kunnen zijn van het feit dat de wederpartij ongehuwd is. In ieder geval is het in de regel makkelijker vaststelbaar omdat echtgenoten vaak aan uiterlijke kenmerken, zoals trouwringen, dubbele achternaam en het optreden in het maatschappelijk verkeer, herkenbaar zijn, maar ik geef toe dat dit geen echt sluitende indicatoren zijn. Van Oven⁴⁶ haalt met instemming een passage in een voorlichtingsfolder van twee banken aan die de mededelingsplicht omtrent bestuursafwijkingen bij haar cliënten legt. De folders waren verstuurd om de cliënten van de bank te attenderen op het nieuwe huwelijksvermogensrecht dat in 1957 zou worden ingevoerd.⁴⁷

Een ander probleem dat tengevolge van deze opvatting zou rijzen werkt ‘de andere kant’ op: als ook nog andere mededelingsvormen naast het huwelijks-goederenregister serieus moeten worden genomen, moet de derde deze dan ook raadplegen, wil hij te goeder trouw zijn? Onder omstandigheden zou de onderzoeksplicht die van hem ‘redelijkerwijs te verlangen oplettendheid’ verlangt, dit vergaande onderzoek vereisen.⁴⁸ Dit lijkt mij voor derden geen benijdenswaardige positie en leidt tot grote rechtsonzekerheid.

Concluderend stel ik derhalve dat de derde ervan moet (kunnen) uitgaan dat alles wat in het huwelijksgoederenregister is ingeschreven, tegen hem gebruikt kan worden. Dit is het gevolg van de risicoverdeling die ten laste van de derde doorslaat na de publicatie.⁴⁹ De derde had immers kunnen weten hoe de vork in de steel zat, als hij maar in het register had gekeken.⁵⁰ Verdergaand onderzoek is niet vereist.⁵¹

Ik bepleit derhalve de instelling van een Centraal Huwelijksgoederenregister dat gemakkelijk via elektronische weg is te raadplegen.⁵² Derden hebben dan veel eerder de mogelijkheid om de benodigde informatie te krijgen.

46 WPNR 4484 (1957), p. 133. Deze passage heeft betrekking op de toestand voor de invoering van de Lex Van Oven.

47 In gelijke zin Rozemond, WPNR 4480 (1957), p. 87, met verdere voorbeelden. Hij beroept zich op een oud arrest van de Hoge Raad, 1 maart 1935, NJ 1935, p. 833 mnt. PS, waar een gehuwde vrouw zich jegens een derde had voorgedaan alsof zij ongehuwd was. Daardoor kreeg de derde de indruk dat zij handelingsbekwaam was. Dit arrest speelt nog uit de tijd vóór de Lex Van Oven.

48 Dijk, Soons, Prae-advies BN 1966, p. 88-89.

49 Zie voor deze gedachte ook De Jong, diss., p. 86 en Konijn/Ricksen-van Gerven, WPNR 5574 (1981).

50 De Jong, diss., p. 179. Zo ook Polman in de bespreking van dit boek, WPNR 5955 (1990). Op deze lijn zit ook Lubbers in zijn bespreking van de oratie van Van der Burght, RM Themis 1979, p. 587-589.

51 Tot deze conclusie komt ook De Jong, diss., p. 10. Zij vindt het reëel om van derden inzage in het register te vergen, zie o.c. p. 26. Luijten, Personen- en familierecht II, p. 93, lijkt zelfs voorstander te zijn van een nog verder gaande onderzoeksplicht.

52 Zie ook De Jong, Preadvises KNB 1996, p. 98. Ik laat mij verder over deze materie uit in onderdeel 16.3.

Kennis die zij langs deze weg relatief eenvoudig kunnen verkrijgen, kan hen dan ook worden toegerekend. Onkunde is dan voor eigen risico.

BESCHERMING OOK BIJ VERKRIJGING NIET OM NIET?

De vraag rijst of voor de bescherming tegen de inhoud van de ongepubliceerde en onbekende huwelijkse voorwaarden in het algemeen als aanvullende eis moet gelden, dat het om een rechtshandeling niet om niet moet gaan. De tekst van art. 1:116 vermeldt deze eis niet. Desondanks stelt een aantal schrijvers zich op het standpunt dat deze eis voortvloeit uit de redelijkheid en de redelijke belangenafweging tussen de derde en de echtgenoten. Schoordijk⁵³ meent dat de hoofdregel in het derdenbeschermingsrecht moet zijn dat slechts een derde wordt beschermd die om baat heeft verkregen. Uitzonderingen wil hij toelaten voor die gevallen waarin aan de oorspronkelijke eigenaar een verwijt valt te maken van de gang van zaken, waardoor de derde gedupeerd dreigt te worden. Hij stelt voor om die gevallen onder de uitzondering te brengen, waarin de oorspronkelijk bevoegde opzettelijk heeft gehandeld of wanneer hem de oorzaak van een vernietiging wegens een wilsgebrek valt toe te rekenen. In de onderhavige situatie ligt de oorzaak van het probleem in de niet (tijdige) publicatie van de huwelijksvoorwaarden; een taak die duidelijk voor rekening van de echtgenoten komt.⁵⁴ Het lijkt mij dan ook niet onredelijk om in alle gevallen het nadeel dat hierdoor ontstaat bij de echtgenoten te laten, zodat van afwenteling op de derde geen sprake kan zijn.

Mijnssen heeft voor het vermogensrecht in het algemeen gesteld dat een rechter ook in die gevallen waar de wet de nadeelseis niet expliciet stelt, op grond van de redelijkheid en billijkheid tussen partijen een zeker gewicht aan eventueel geleden nadeel kan toekennen.⁵⁵

Anderen leggen de nadruk op het feit dat nadeel in art. 116 niet als eis is opgenomen; dit in tegenstelling tot enkele andere bepalingen, zoals art. 1:89 en 3:86.⁵⁶ Voor deze zienswijze pleit ook het feit dat bij andere artikelen waar deze eis ontbreekt, deze niet wordt toegevoegd, bijvoorbeeld in de art. 3:36 en 3:88.

Analoog aan de uitleg van art. 3:36 kan men wel verdedigen dat men rekening moet houden met het feit dat bij een derde die om niet een goed verkrijgt, minder snel sprake van goede trouw kan zijn.⁵⁷ Deze redenering is door de Hoge Raad in het arrest Nolan/Van Aalst⁵⁸ zelfs al bij een overeenkomst onder bezwarende titel toegepast. De feiten waren in het kort als volgt.

53 Schoordijk, WPNR 5698 (1984), p. 300. Die hoofdregel wil ook Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 316, voor de art. 1:116 en 120 laten gelden.

54 In deze zin ook Asser-Mijnssen-De Haan nr. 402; De Jong, diss., p. 195.

55 Mijnssen, NJB 1983, p. 1231.

56 De Bruijn-Soons-Kleijn p. 454; Asser-Moltmaker nr. 423; Klaassen-Eggens-Luijten p. 226.

57 Zie Nieskens-Isphording, Advocatenblad 1992, p. 221. Zie de kritische houding van Gerbrandy op dit punt die is besproken in onderdeel 3.2.1.

58 HR 24 mei 1985, NJ 1986 699 mnt. WMK.

Ter gelegenheid van de echtscheiding leggen partijen in een notariële akte onder andere vast dat het huis aan de man wordt toebedeeld onder de verplichting om de daarop drukkende hypothecaire lasten alsmede de kosten van de opvoeding van de kinderen op zich te nemen.

De vrouw voert vervolgens aan dat zij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst niet in staat is geweest om haar wil te bepalen. In de feitelijke instanties wordt ondermeer gestreden om de vraag of het een overeenkomst om niet of onder bezwarende titel is. De Hoge Raad legt een verband tussen de omvang van het door de man genoten voordeel en de zwaarte van zijn onderzoeksplicht bij een rechtshandeling onder bezwarende titel zoals de onderhavige werd gekwalificeerd. De man kreeg door de verdeling weliswaar een substantiële overwaarde toebedeeld omdat de waarde van de woning veel groter was dan de daarop rustende hypotheek maar de vrouw werd voor haar aandeel in de schuld ontlast. Volgens de Hoge Raad brengt de bevoordeling van de man niet mee dat de vrouw jegens hem zondermeer een beroep op ontbrekende wil ten aanzien van de inhoud van de overeenkomst toekomt. Maar het voordeel dat de man geniet is wel van invloed op de vraag wat de man op het moment van het sluiten van de overeenkomst had behoren te beseffen en hoever de onderzoeksplicht voor de man gaat om zich te vergewissen dat de vrouw het eens is met de overeenkomst die zij sluiten.

Ik denk dat deze redenering a fortiori kan worden doorgetrokken naar een rechtshandeling om niet omdat daar het voordeel van de begiftigde aan deze als het ware een onderzoeksplicht dwingend oplegt, zo de invulling van art. 3:35 in het huidige recht waar de mogelijkheid wordt geschapen dat ondanks ontbrekende wil bij de ene partij de rechtshandeling tot stand kan komen.

Kan men dit transponeren naar andere situaties waar de wet een onderzoeksplicht oplegt? In ieder geval kan het alleen gaan om gevallen die ook beheerst worden door de goede trouw zoals deze in art. 3:11 wordt gedefinieerd.⁵⁹ Art. 3:35 spreekt van de zin die de wederpartij van de nolens *redelijkerwijs* aan de gedraging of verklaring mocht toekennen. Dit criterium wordt ingevuld aan de hand van art. 3:11 en de daarop betrekking hebbende arresten die onder het oude recht zijn gewezen, mogen ook voor de invulling van de correcte handelwijze van partijen onder het tegenwoordige recht worden gebruikt.⁶⁰

59 In andere gevallen, bijvoorbeeld bij art. 3:24, waar het criterium is: tenzij hij het feit kende, of bij art. 1:92, waar de vraag is of het kenbaar is dat het bestuur bij de andere echtgenoot ligt, gaat het in de tekst geschrevene natuurlijk niet op. In deze bijzondere regelingen moet aan de hand van de daarin gegeven criteria worden vastgesteld of aan de vereisten voor bescherming is voldaan.

60 In zijn noot onder Nolan/Van Aalst, NJ 1986, 699 nr. 3 schrijft Kleijn dat de rechtspraak onder het oude recht niet geheel spoort met de toenmalige NBW-regeling, maar tegenwoordig wordt dit onderscheid minder scherp gehanteerd, zie Bloembergen (Valk), *Rechtshandeling en overeenkomst*, nr. 45. Het gaat mij hier ook niet om de details maar om de vraag of het feit dat men onder bezwarende titel dan wel om niet verkrijgt, van invloed is op de onderzoeksplicht die derden hebben jegens eventueel bestuursonbevoegde echtgenoten.

Het komt mij voor, dat het beginsel dat de onderzoeksplicht onder andere wordt beïnvloed door het voordeel dat de ene partij krijgt, ook voor andere toepassingen van de onderzoeksplicht van art. 3:11 gebruikt kan worden. Ik denk daarbij aan de onderzoeksplicht naar beschikkingsbevoegdheid die in diverse derdenbeschermingsregels van Boek 3 is neergelegd. Om voor bescherming in aanmerking te komen moet de verkrijger vaak 'te goeder trouw' zijn, waarbij ook deze onderzoeksplicht aan de hand van art. 3:11 wordt ingevuld, zie hoofdstuk 3. Dat betekent dat ook in dit kader een verzwaarde onderzoeksplicht kan worden aangenomen voor hen die verkrijgen om niet.⁶¹

In een huwelijksvermogensrechtelijk geval zou ik mij kunnen voorstellen dat iemand die handelt met een echtgenoot toch vrij snel zal worden beschermd, indien de reden voor de bescherming ligt in een ontbrekende inschrijving in het huwelijksgoederenregister, omdat daar een bijzondere regeling inzake derdenbescherming wordt gegeven in art. 1:116. Zoals uit het bovenstaande blijkt is het hoofdbeginsel van toepassing tenzij de wet een bijzondere regel geeft, zoals hier het geval is. De wet geeft hier bij de bescherming niet als eis dat de rechtshandeling niet om niet moet zijn geweest, zoals dit bijvoorbeeld wel is bepaald in art. 3:86.

Concluderend is op te merken dat de derde wel mag afgaan op het ontbreken van zulk een inschrijving. Desondanks is hier duidelijk sprake van een verwijtbaar nalaten van de echtgenoten in die zin dat zij zelf makkelijk hadden kunnen voorkomen dat mensen die met hen handelen, een verkeerde indruk zouden krijgen. De wet heeft hier een aparte regel voor gegeven en voor aanvulling van de vereisten voor toepassing van de specifieke derdenbeschermingsbepaling zie ik dan ook geen reden. Daarom is hier naar mijn mening wel bescherming op zijn plaats.⁶²

VERHOUDING TUSSEN ART. 1:116 EN 1:92 BW, VERVOLGD

Nu de opvatting van o.a. Van der Burght inzake de gemodificeerde werking van het huwelijksgoederenregister niet wordt gevolgd en algemeen wordt aangenomen dat een derde op de hoogte is van ingeschreven feiten, moet nog de verhouding tussen art. 1:116 en 1:92 worden vastgesteld. Het gaat er concreet om, om bij de casus van de postzegelverzameling te blijven, of een derde die subjectief niet op de hoogte is van de bestuursovereenkomst die wel is ingeschreven in het huwelijksgoederenregister, nog in aanmerking kan komen voor de goede trouw-regeling van art. 1:92. In het register staat immers dat Mark en Maria slechts tezamen bevoegd zijn om goederen te besturen. Over dit aspect is in de literatuur weinig geschreven. Van der Burght, die zich er wel over uitlaat, neemt aan dat art. 1:92 hier desondanks bescherming kan bieden, maar dit is wellicht gekleurd door zijn bijzondere opvatting met

61 Zie hierover Kleijn in zijn noot onder Nolan/Van Aalst, HR 24 mei 1985, NJ 1986 699 nr. 2-4.

62 Voortbouwend op de redenering van Schoordijk in WPNR 5698 (1984), p. 300. In zelfde zin Asser-Moltmaker nr. 423 en Van der Burght, Ongekende wetenschap, p. 7 noot 11.

betrekking tot de kennisfictie van het huwelijksgoederenregister.⁶³

Als men met mij aanneemt dat een derde wel op de hoogte wordt geacht te zijn van alle ingeschreven feiten dan zou hij in de gegeven casus worden geacht te weten dat alleen beide echtgenoten tezamen over de postzegelcollectie mogen beschikken. Dan is er mijns inziens geen plaats meer voor de bescherming van art. 1:92. De ratio van dat artikel ligt er in dat derden niet de dupe moeten worden van een vermenging van goederen door samenwonende echtgenoten waardoor de herkomst en de daaraan gekoppelde bestuursbevoegdheid nauwelijks of niet meer te achterhalen is. In de onderhavige casus is dit probleem uit de weg geruimd door de bijzondere bestuursovereenkomst. Mijns inziens past dit ook bij het systeem van art. 1:116: in bijzondere gevallen, dat een afwijking van de wettelijke regeling volgens de wet is gepubliceerd, wordt algemene bekendheid van deze afwijking bij derden verondersteld. Voor de goede trouw-bescherming van art. 1:92 is er dan geen plaats meer. Ondanks het feit dat Mark de collectie feitelijk onder zich heeft mag Paulien niet aannemen dat hij bestuursbevoegd is. Daar komt bij dat dit de enige mogelijke oplossing is, wil men nog enige werking bij niet-registergoederen aan de bestuursovereenkomst toekennen.

Heeft deze beperking van de werkingsomvang van art. 1:92 negatieve effecten voor de maatschappelijke realiteit? Het lijkt mij dat deze bijzonderheid erg zelden zal voorkomen, zodat een derde niet vaak met een beroep op bestuursonbevoegdheid op grond van een bestuursovereenkomst zal worden geconfronteerd. Het lijkt mij dan ook niet noodzakelijk om van dit gevolg af te zien, met als reden dat anders het rechtsverkeer te zeer zou lijden onder rechtsonzekerheid.

IS HET TIJDSTIP VAN HET SLUITEN VAN DE OVEREENKOMST NOG VAN BELANG?

In de casus was gegeven dat Mark de postzegels reeds voor de huwelijksluiting aan Paulien had verkocht. De bestuursbevoegdheid wordt bekeken op het moment van de beschikkingsdaad. De voltooiing van de obligatoire fase was daarbij niet van belang, zoals uit de bespreking van de juridische verhoudingen blijkt. De casus zou derhalve dezelfde uitkomsten hebben wanneer de koop na de huwelijksluiting heeft plaatsgevonden.⁶⁴

DE POSITIE VAN POTENTIËLE VERKRIJGERS VAN REGISTERGOEDEREN

Bij registergoederen werkt art. 1:92 niet, zodat daar niet de vraag hoeft te worden gesteld of derden worden beschermd tegen feitelijke onbekendheid met de bestuursverhoudingen. In theorie is dat ook minder nodig omdat een notaris een onderzoek instelt naar huwelijksvermogensrechtelijke obstakels bij beschikkingen over registergoederen. Inlichtingen uit de praktijk daarente-

⁶³ Pitlo/Van der Burgh/Rood-de Boer, p. 192.

⁶⁴ Het tijdstip van de obligatoire handeling kan bij de vervreemding van andere goederen wel relevant zijn, zie bijvoorbeeld art. 1:88 lid 2.

gen geven de indruk dat men daarbij met name afgaat op mededelingen van partijen zelf. Slechts bij het onroerendgoedregister wordt daadwerkelijk informatie ingewonnen. Doordat een echtpaar in de regel er wel mededeling doet als huwelijksvoorwaarden zijn overeengekomen, zal kennis van de bestuurs-overeenkomst bij de wederpartij eerder regel dan uitzondering zijn.

In verband met de feitelijke onderzoeksactiviteiten van notarissen kan het van belang zijn of de bestuursovereenkomst kan of zelfs moet worden ingeschreven in de openbare registers van afdeling 3.1.2 BW. Ik ben van mening dat een akte inhoudende een bestuursovereenkomst die een wijziging van het bestuur over een registergoed tot gevolg heeft, op grond van art. 3:17 lid 1 a) BW j° 26 Kadasterwet kan worden ingeschreven. Art. 3:17 BW j° art. 18 lid 1 Kadasterwet betreft immers notariële akten betreffende een rechtshandelingen die de verandering van de rechtstoestand van een onroerend goed tot gevolg hebben. Voorbeelden uit de parlementaire geschiedenis zijn het huwelijk in enigerlei gemeenschap waarbij een registergoed in de gemeenschap is gevallen en huwelijksvoorwaarden.⁶⁵ Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen huwelijksvoorwaarden die een verandering van het vermogensrechtelijke regime tot onderwerp hebben en huwelijksvoorwaarden die een bestuursovereenkomst betreffen. Ik denk dat inschrijving van deze akten mogelijk is, waardoor vanaf het moment van de inschrijving in het onroerendgoedregister de derde niet meer te goeder trouw kan zijn, art. 3:23. Op deze wijze zou zelfs in de visie van Van der Burght een derde na inschrijving niet meer te goeder trouw zijn, ongeacht diens subjectieve kennis. Het onroerendgoedregister is immers een register dat regelmatig door notarissen wordt geraadpleegd.

5.1.2 De bestuursovereenkomst was gesloten voor de huwelijksluiting en was ten tijde van de levering nog niet ingeschreven in het huwelijks-goederenregister

Voortbordurend op de postzegel-casus lijkt het mij hier wel van belang of Paulien van de bestuursovereenkomst op de hoogte is ten tijde van de beoogde levering. Dat is het tijdstip waarop de vraag naar de bestuursbevoegdheid relevant is. De bestuursovereenkomst geldt immers reeds voor de inschrijving in het huwelijksgoederenregister tussen de echtgenoten en jegens derden die er kennis van hebben, zie art. 1:116 in het algemeen voor huwelijksvoorwaar-

65 PG Kadasterwet, p. 150, 151. Ex art. 18 lid 2 kunnen ook andere stukken worden ingeschreven die niet in een notariële akte zijn neergelegd. Daarmee zouden ook andere afspraken aangaande het bestuur, waaronder de in onderdeel 8.3.1 genoemde privatieve last tussen echtgenoten kunnen worden ingeschreven.

den.⁶⁶ Was zij daarvan niet op de hoogte dan kan zij worden beschermd door art. 3:86 j° 1:92 j° 1:90 mits aan de overige vereisten is voldaan.⁶⁷

DE DERDE WEET LANGS ANDERE WEG VAN DE HUWELIJKSVOORWAARDEN

Ziet de situatie van een derde er anders uit als hij ten tijde van het handelen langs andere weg was geïnformeerd over de inhoud van de ongepubliceerde huwelijkse voorwaarden? In het algemeen wordt aangenomen dat aan de derde-crediteur die op de hoogte was van de huwelijkse voorwaarden, deze wel kunnen worden tegengeworpen. Daarbij rust de bewijslast ten aanzien van de kennis bij de derde op de echtgenoot.⁶⁸ Moltmaker noemt het, zoals hij het noemt, ‘tamelijk theoretische geval’ dat inschrijving in het huwelijks-goederenregister niet, maar in het handelsregister wel heeft plaatsgevonden.⁶⁹ In dat geval rust op de echtgenoot de bewijslast dat de derde dan wel het handelsregister heeft geraadpleegd, zie art. 31 lid 1 en 4 Handelsregisterwet.⁷⁰

Hoe ziet de positie van de derde eruit die langs andere weg op de hoogte is van huwelijkse voorwaarden die nog niet zijn ingeschreven? Art. 1:116 rept alleen van werking jegens onkundige derden. Op grond van oude jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden aangenomen dat derden zelf een beroep op de niet-gepubliceerde huwelijkse voorwaarden kunnen doen als hen dat goed uitkomt.⁷¹ Ik sluit mij aan bij die auteurs die een werking jegens derden aannemen die op de hoogte waren van de (nog) niet gepubliceerde huwelijkse voorwaarden.⁷²

5.2 Overlaten van bestuur, art. 1:90 lid 3 BW

Derden zullen geen nadelen ondervinden van het feit dat echtgenoten elkaar het bestuur over bepaalde goederen overlaten. Dit middel werkt niet privaat, waardoor de eigenlijk bestuursbevoegde echtgenoot zijn bestuursbevoegdheid

⁶⁶ Asser-Moltmaker nr. 422.

⁶⁷ Is het niet aan de echtgenoten te wijten dat de inschrijving nog niet heeft plaatsgevonden, maar is bijvoorbeeld de notaris nalatig geweest met het doorsturen naar het register, dan kunnen derden zich nog steeds beroepen op hun goede trouw, maar is de notaris wellicht schadelijkt voor zijn nalaten.

⁶⁸ De Bruijn-Soons-Kleijn p. 454; Klaassen-Eggens-Luijten p. 223; Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer p. 314-316; Asser-Moltmaker nr. 423. HR 29 april 1949, NJ 1949 676, mnt. DJV, neemt werking aan ten aanzien van derden die bekend waren met de huwelijkse voorwaarden.

⁶⁹ Zo ook Croes, WPNR 5325 (1975), in navolging van De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 450, waar erop wordt gewezen dat het bijna nooit zal voorkomen dat gegevens wel in het Handelsregister, maar niet in het huwelijksgoederenregister zijn ingeschreven, omdat art. 5 lid 2 Handelsregisterwet voorschrijft dat moet worden vermeld, in welk Huwelijksgoederenregister de huwelijksvoorwaarden zijn ingeschreven.

⁷⁰ Asser-Moltmaker nr. 430. Dit aspect laat ik in het vervolg rusten.

⁷¹ HR 18 februari 1916, NJ 1916, p. 513 (Bremers-Muykens).

⁷² Hoge Raad 29 april 1949, NJ 1949 676 mnt. DJV; De Jong, diss., p. 9-10; De Bruijn-Soons-Kleijn p. 452; Hidma, diss., p. 106; Luijten, Personen- en familierecht II, p. 94-95.

niet verliest.⁷³ De handelende echtgenoot wordt partij bij bestuurshandelingen, de andere echtgenoot staat daarbuiten.⁷⁴

De derde heeft derhalve nooit te maken met een bestuursonbevoegde echtgenoot, voorzover het overlaten reikt. Voor het overige is het handelen met de echtgenoot aan wie het bestuur is overgelaten voor risico van de derde omdat hij zich eigenlijk tot de verkeerde echtgenoot heeft gewend. Mocht zich het overlaten van het bestuur niet tot (een deel van) de transactie uitstrekken dan heeft de derde de gevolgen daarvan voor eigen rekening te nemen.

Omdat het overlaten van bestuur door een der echtgenoten aan de andere nogal vaak voorkomt, men denke aan mensen die weinig verstand hebben van geldzaken en derhalve de complete financiële afwikkeling aan de ander overlaten, leidt deze regel tot een in wezen gezamenlijk, facultatief bestuur over deze goederen. Ik denk dat daarmee al aan een deel van de kritiek over het feit dat gesplitst bestuur zich niet zou verdragen met de huwelijkspraktijk, de basis is onttrokken. De feitelijke gang van zaken krijgt hier een juridisch jasje.

Het overlaten van bestuur kan natuurlijk ook beperkt gebeuren, bijvoorbeeld kan het bestuur over een bankrekening aan de andere echtgenoot worden overgelaten onder voorwaarde dat er altijd een bepaald minimumbedrag op blijft staan. Aan een dergelijke afspraak is de andere echtgenoot intern gebonden, aldus Van der Burght.⁷⁵ Het wordt niet duidelijk of deze afspraak in zijn visie ook externe gevolgen moet hebben, maar ik neem aan dat deze volgens de algemene regels van derdenbescherming moeten worden vastgesteld: als de derde moest vermoeden of zelfs wist van de precieze verhoudingen, dan wordt hij niet beschermd. Als de derde niets wist van de beperking en daar ook niets van hoefde te weten, dan is hij te goeder trouw in de zin van 1:92 bij de daarop betrekking hebbende goederen. Als de derde helemaal geen idee heeft van het overlaten van het bestuur dan is er geen vuiltje aan de lucht: de derde zal alleen de werkelijk bestuursbevoegde als zodanig (er)kennen en hij zal zich ervoor hoeden om met de andere echtgenoot in zee te gaan. Voor de goederen die niet onder art. 1:92 vallen, zal hij aan de normale onderzoeksplicht van art. 3:11 moeten voldoen en wellicht navraag moeten doen omtrent de concrete bestuursverhoudingen. Bij goederen op naam zal dit onderzoek altijd aan de orde zijn, omdat de handelende echtgenoot volgens het register niet bestuursbevoegd is.

⁷³ Zie Asser-Moltmaker nr. 269.

⁷⁴ PG Aanpassing BW, p. 47-48; Van der Burght, WPNR 5655 (1983), p. 368 wijst erop dat dit anders is dan in het oude recht waar een vertegenwoordigingsrelatie ontstond met de wel bestuursbevoegde echtgenoot. Daarbij is het ook van belang dat naar oud recht bestuur ook obligatoire handelingen met betrekking tot een goed omvatte.

⁷⁵ WPNR 5886 (1988).

RELATIE TUSSEN OVERLATEN VAN BESTUUR EN HET VERLENEN VAN VERTEGENWOORDIGINGSBEVOEGDHEID OP GROND VAN VOLMACHT OF LASTGEVING

Net als bij de bestuursovereenkomst bestaat ook een alternatief voor het overlaten van bestuur. Echtgenoten kunnen mijns inziens, net als ongehuwden, gebruik maken van de mogelijkheden van het algemene vermogensrecht: de volmacht en de lastgeving. Indien de ene echtgenoot expliciet of stilzwijgend een volmacht geeft aan de andere om een goed dat onder zijn bestuur staat te vervreemden, dan is de gevolmachtigde echtgenoot daartoe bevoegd. Een voorbeeld hiervoor: Marijke houdt met toestemming en op grond van een volmacht van echtgenoot Arnold een 'garage-sale': alle oude spullen die zij niet meer nodig hebben, mogen voor een zacht prijsje van de hand worden gedaan. Eventuele kopers hoeven zich niet te bekommeren over de bestuursbevoegdheid van Marijke. Marijke sluit voor de onder haar bestuur staande goederen de koopovereenkomsten en levert bevoegdelijk aan de kopers. Voor de onder Arnolds bestuur staande goederen sluit zij namens Arnold de koop en levert als vertegenwoordiger voor Arnold. Deze wordt dan bestuursbevoegd over de opbrengst.

Vergelijken wij deze gang van zaken waarbij krachtens volmacht wordt gehandeld, met een transactie waarbij het bestuur wordt overgelaten, dan valt op dat bij handelen krachtens volmacht de obligatoire overeenkomst tussen de koper en Arnold tot stand komt, terwijl bij de situatie van overlaten van bestuur de overeenkomst met de handelende echtgenoot Marijke wordt gesloten. De nakoming geschiedt in beide gevallen bevoegdelijk, mits men zich beweegt binnen de afgesproken kaders. Daarbij valt op dat bij overschrijding van de interne afspraken tussen Arnold en Marijke de derde er bij een volmachtoverschrijding waarschijnlijk beter afkomt: heeft Arnold de schijn van volmachtverlening gewekt dan mag de koper van het bestaan van de volmacht uitgaan, zowel op het obligatoire als ook op het goederenrechtelijke vlak. Bij een bestuursoverschrijding die wordt gepleegd in strijd met de omvang van het overlaten van bestuur krijgt de derde daarvan direct de nadelen te voelen. Juridisch derhalve een belangwekkend onderscheid, hoewel ik aanneem dat in de praktijk weinig verschil tussen deze twee rechtsfiguren zal bestaan, met name omdat in de regel alle op bestuursoverlating of volmachtverlening gerichte wilsverklaringen impliciet gegeven zullen worden waarbij de echtgenoten van de verschillen tussen de rechtsfiguren meestal onkundig zullen zijn.

Indien er tussen de echtgenoten een lastgevingsovereenkomst bestaat waarbij de handelende echtgenoot, laten wij hem Thomas noemen, op eigen naam maar voor rekening van echtgenote Myrna handelt, dan zal de obligatoire koopovereenkomst tussen Thomas en de koper tot stand komen, net als bij het overlaten van het bestuur, waarna Thomas het goed bevoegdelijk zal leveren

aan de koper.

Is de beperking die Kleijn in 1972 aanbracht⁷⁶ in het licht van art. 7:423 lid 1 BW (de privatieve last) nog houdbaar? In zijn toenmalige betoog liet hij alleen volmachten (in de oude BW-terminologie) toe die herroepelijk dan wel facultatief van aard waren. Andere afspraken zouden alleen in de vorm van de formele bestuursovereenkomst gemaakt kunnen worden, zo betoogt ook Luijten.⁷⁷ Het lijkt mij tegenwoordig - net als bij de overdracht van een echte-lijke vermogensbestanddelen ex art. 3:84 BW - ook voor echtgenoten mogelijk om van de alternatieven van het algemene vermogensrecht gebruik te maken, maar dit is een opvatting die afwijkt van de heersende leer. De afspraak zal in mijn visie ter voorkoming van fraus legis een niet te algemeen karakter mogen hebben, omdat men anders een sluiproute langs de notariële bestuursovereenkomst bewandelt.

Daarbij komt nog het argument dat het zou wringen indien de bevoegde echtgenoot wel een privatieve last ten aanzien van een onder zijn bestuur staand goed aan een derde zou mogen verlenen, terwijl hij dit niet kan jegens zijn echtgenoot. Dit argument moet zeker Kleijn aanspreken...

Een vergelijkbare redenering zou ik willen volgen voor de onherroepelijke volmacht tussen echtgenoten. Luijten in Klaassen-Eggens-Luijten⁷⁸ spreekt zich ook hiertegen uit omdat deze weg wederom een ongeoorloofde omzeiling van de regels inzake de bestuursovereenkomst zou opleveren. Met vergelijkbare argumenten lijkt mij hier weinig tegen te zijn, zo ook Luijten in een andere publicatie,⁷⁹ mits de volmacht niet een dusdanig breed karakter heeft dat ook hier sprake is van fraus legis, zo zou ik eraan toe willen voegen.

5.3 Het dienstbaar maken van een gemeenschapsgoed aan het beroep of bedrijf van de andere echtgenoot, art. 1:97 lid 2 BW

Dit artikel geeft een anderssoortige mogelijkheid van bestuursverandering. Indien een goed dienstbaar is gemaakt aan een beroep of bedrijf⁸⁰ van de andere echtgenoot en de bestuursbevoegde echtgenoot heeft daarin toegestemd, dan heeft dit bestuurswisseling tot gevolg. Als het goed reeds voor de huwelijksluiting dienstbaar was aan het beroep of bedrijf van de andere partner, dan zal mijns inziens de werking van art. 1:97 lid 2 vanaf de huwelijkslui-

⁷⁶ De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 273.

⁷⁷ Klaassen-Eggens-Luijten, p. 72 en 186.

⁷⁸ Klaassen-Eggens-Luijten, p. 186.

⁷⁹ Zo Luijten in Personen- en familierecht II, p. 59. Hij wijst daar juist op een (eventueel onherroepelijke) volmacht ex art. 3:74, die leidt tot facultatief bestuur (in mijn definitie) als beter alternatief voor een bestuursovereenkomst.

⁸⁰ In het vervolg zal kortheidshalve sprake zijn van 'bedrijf' in het kader van art. 97 lid 2, maar daar wordt beroepsuitoefening ook onder begrepen. Dit geldt ook omgekeerd.

ting intreden. Inschrijving in het huwelijksgoederenregister is niet vereist.⁸¹

Wat is te beschouwen als een beroep of bedrijf in de zin van dit artikel? Ik ben het niet eens met de ruime definitie van Van Karstens-Halsema⁸² dat daaronder ook het beroep van huisvrouw/man moet worden begrepen waardoor de huishoudelijke partner bestuursbevoegd zou worden voorzover dat nodig is voor de uitvoering van het huishouden. Dat dit door de wetgever zo niet is bedoeld blijkt al uit de regeling van art. 1:88, waar een toestemmingsregeling aangaande de echtelijke woning wordt gegeven. Als men het huishouden als een beroep in de zin van art. 97 zou opvatten, dan zou voor de meeste⁸³ huwelijken in gemeenschap van goederen art. 1:88 lid 1 sub a) inhoudsloos worden, nu er gezamenlijk bestuur geldt. Alle beschikkingshandelingen ten aanzien van de echtelijke woning vallen (per definitie, komt mij bijna voor) buiten de gewone ‘beroepsuitoefening van het huishouden’ dat zich in die echtelijke woning afspeelt. Ten aanzien van de inboedel kan nog, bij vervanging van bepaalde goederen, toestemming vereist blijven, terwijl het goed in kwestie wel onder de normale huishoudelijke taakvervulling valt. Hoe dan het principe van het zelfstandig uitvoeren van het bedrijf zou zijn te rijmen met de toestemmingseis zie ik niet duidelijk: juist ten aanzien van die kleine dingen zou dan toestemming vereist zijn. Het mag duidelijk zijn dat deze opvatting mij niet erg aanspreekt. Van Karstens-Halsema heeft wel gelijk in die zin dat enige verduidelijking wellicht praktisch zou zijn geweest, maar de kwalificatie van huishouden als een beroep in de zin van art. 97 lijkt mij niet juist.

Echtgenoten kunnen een afwijkende regeling treffen met betrekking tot deze bestuurswisseling.⁸⁴

GEVOLGEN VAN DE BESTUURSVERANDERING VOOR DERDEN

Met ingang van de bedrijfsvoering (dan wel de huwelijkssluiting als deze later plaatsvindt) krijgt de bestuurswisseling haar beslag. Vanaf die datum is de bedrijfsvoerende echtgenoot bevoegd tot het verrichten van de normale handelingen die bij de uitoefening van het beroep behoren. Voor andere beschikkingshandelingen zijn de echtgenoten vanaf dat moment alleen gezamenlijk bevoegd.⁸⁵

81 Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 230, acht het wel mogelijk maar niet noodzakelijk; onduidelijk Klaassen-Eggens-Luijten, p. 138-139, die alleen de eventuele inschrijfbaarheid van de beëindiging van de bestuurswisseling bespreekt.

82 Enige kanttekeningen bij het bestuur van gemeenschapsgoederen, p. 64 e.v.

83 Daarbij zijn uitgezonderd de huwelijken waarin het huishouden niet in de echtelijke woning plaatsvindt.

84 Zie voor de speciale gevolgen van bestuurswisseling bij registergoederen verderop in dit onderdeel.

85 Soons, JBN januari 1993, nr. 7, bespreekt verschillende varianten waarin de juridische inbreng in een bedrijf kan voorkomen en de daaraan verbonden gevolgen voor de bestuursbevoegdheid.

INSCHRIJFBAARHEID VAN DE BESTUURSWISSELING?

Zoals reeds eerder is opgemerkt, hoeft de bestuurswisseling niet te worden ingeschreven in het huwelijksgoederenregister om werking te hebben.⁸⁶ Het lijkt mij niet een van de feiten die in het huwelijksgoederenregister voor inschrijving in aanmerking komen. Het is immers niet een bestuurswisseling die op grond van een notariële akte van huwelijksvoorwaarden heeft plaatsgevonden, en lijkt mij daarom niet de geëigende weg om derden op de hoogte te brengen van de bestuurswisseling. Zij zullen, mits zij niet door feitelijke waarneming op de hoogte zijn van de bestuurswisseling, op gebruikelijke wijze beschermd kunnen worden tegen een bestuursoverschrijding die plaatsvindt ten gevolge van de veranderde bestuursregeling. Slechts bij art. 1:92 lijkt mij ook bescherming mogelijk als geen feitelijk onderzoek is verricht omdat daar de beschermingseis ten opzichte van art. 3:11 sterk afgezwakt is. Als de derde vaststelt dat de handelende echtgenoot het desbetreffende goed onder zich heeft dan mag hij al aannemen dat deze bestuursbevoegd is.

Is er wellicht plaats voor een inschrijving in het onroerendgoedregister? Voor de registergoederen die bij de bestuursverandering zijn betrokken leidt de bestuurswisseling tot een discrepantie tussen het beeld dat de registers te zien geven en de werkelijke verhoudingen.⁸⁷ In het register zal de andere echtgenoot of beide echtgenoten als eigenaar staan vermeld. Maar bij onderzoek ter plaatse zal de derde al gauw tot de ontdekking komen dat de echtgenoot die niet als exclusief eigenaar in de registers staat, daar een bedrijf uitoefent. Deze discrepantie tussen de registerinhoud en de werkelijkheid is volgens Hidma voldoende reden om een nadere onderzoeksplicht aan te nemen.⁸⁸ Meijer⁸⁹ merkt met betrekking tot dit geval op:

“Verplichte inschrijving in de openbare registers waar het om registergoederen gaat zou niet misstaan hebben.”

Binnen de huidige wetgeving is dit omstreden. Art. 3:17 lid 1 sub a) maakt alleen de inschrijving van *rechtshandelingen* mogelijk. De bestuurswisseling is het gevolg van feitelijke handelingen, maar deze is gekoppeld aan de toestemming van de bestuursbevoegde echtgenoot. Deze kan expliciet worden gegeven, maar indien deze de bedrijfsvoering ook maar gedooft, dan is dat al voldoende om bestuurswisseling aan te nemen. Men zou derhalve kunnen verdedigen dat deze toestemming de rechtshandeling is die een inschrijving sub a) mogelijk maakt. Daarvan zou het gevolg zijn dat bij nalaten van de inschrijving in het onroerendgoedregister een derde die niet daadwerkelijk van de uitoefening van het bedrijf met het daaraan verbonden rechtsgevolg op de hoogte is, beschermd wordt op grond van art. 3:24 BW indien de echtgenoot op wiens naam het goed is gesteld, zonder medewerking van de andere

⁸⁶ Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 230.

⁸⁷ Meijer, De onvermoede perspectieven van Rijnzicht, p. 8-9.

⁸⁸ Lubbers/Hidma, aant. 5 bij art. 97, met een beroep op Luijten.

⁸⁹ De onvermoede perspectieven van Rijnzicht, p. 14-15.

echtgenoot een beschikkingshandeling ten aanzien van dat goed verricht. Dit lijkt mij niet in de bedoeling van de wetgever te liggen die blijkens de wetstekst aan de feitelijke omstandigheden al de bestuurswisseling heeft willen verbinden.

Uit maatschappelijk oogpunt zou men ook de lijn van Hidma kunnen volgen die van een nadere onderzoeksplicht van bijvoorbeeld een hypotheekverlenende bank uitgaat die door korte inspectie van het betreffende goed al niet meer te goeder trouw zou zijn. Het nadeel van deze opvatting is dat zij strikt genomen niet strookt met het uitgangspunt van art. 3:24: slechts kennis kan bescherming verhinderen, niet een behoren te weten.

Het is wel zaak om bij het volgen van die opvattingen die van inschrijfbaarheid uitgaan, de beëindiging van de bestuurswisseling die meestal door verandering van de feitelijke situatie zal plaatsvinden ook weer in het register in te schrijven maar dit is minder urgent omdat bij het nalaten ervan de wederpartij alleen maar ten onrechte zal menen dat de medewerking van beide echtgenoten aan een bestuurshandeling is vereist terwijl dat niet meer het geval is.

GEVOLGEN VAN DE BESTUURSWISSELING VOOR DE BEVOEGDHEID TOT VERVREEMDING VAN EEN BEDRIJFSGOED DOOR DE ECHTGENOTEN

De derde die met de bedrijfsuitoefenaar handelt zal er rekening mee moeten houden dat diens bestuursbevoegdheid beperkt is tot de normale exploitatie van de goederen. Slechts in bijzondere gevallen zal dit ook bevoegdheid tot vervreemding met zich meebrengen. Bij renovatie bijvoorbeeld, zou ik mij kunnen voorstellen dat een deel van de inboedel vervreemd zou kunnen worden om deze te vervangen door nieuwere goederen.⁹⁰ Ten aanzien van vervreemding van het onroerend goed zelf, neem ik geen exclusieve bestuursbevoegdheid van de bedrijfsvoerende echtgenoot aan omdat vervreemding van de onroerende zaak waarin het bedrijf wordt uitgeoefend, in de regel geen typische bedrijfshandeling is. Bovendien kleven er feitelijke en juridische haken en ogen aan. Bij vervanging van de bedrijfsruimte is niet gewaarborgd dat het nieuwe onroerend goed evengoed als het oorspronkelijke gebouw geschikt is voor de bestemming die de oorspronkelijk bevoegde echtgenoot er na de beëindiging van het bedrijf aan wil geven.

Een voorbeeld: een loods op eigen grond aan het water die onder het bestuur stond van de vrouw, werd gebruikt voor de stalling van haar zeilboot. De man start later een bedrijfje in die loods met instemming van de vrouw, waardoor het zeilbootje moet wijken. Normaliter zou na afloop van de bedrijfsuitoefening de loods automatisch weer onder het bestuur van de vrouw komen, die daarin weer haar bootje kan onderbrengen. Laten wij eens bekijken hoe de casus zou lopen als men de bestuurswisseling ex art. 97 ook tot

90 Zo ook Luijten, Personen- en familierecht II, p. 60.

vervreemdingshandelingen zou uitbreiden. Het staat dan de man vrij, om bij uitbreiding van zijn bedrijf de loods en de grond van de hand te doen en op een ander perceel een nieuwe fabriekshal neer te zetten. Bij beëindiging van het bedrijf zal mevrouw in de nieuwe hal haar bootje niet meer kunnen en willen stallen. Zij is feitelijk gedupeerd, omdat haar stalling niet meer aan het water ligt, maar ik vrees dat zij in dit geval ook haar bestuursrecht kwijt raakt. Ik kan mij in verband met de substitutieregels van art. 97 lid 1, tweede zin, nog voorstellen dat bij vervanging van roerende zaken de bestuurswisseling voor het nieuwe exemplaar net zo verloopt als deze voor het oude het geval zou zijn geweest. Bij goederen op naam geldt daarentegen dat zij onder het bestuur van degene staan op wiens naam zij staan. Het nieuwe registergoed zou dan op naam van de bedrijfsvoerende echtgenoot gesteld worden, waardoor de bestuurswisseling voor het nieuwe goed andere gevolgen heeft dan bij het oude goed. Na beëindiging van de bedrijfsvoering blijft het goed op naam van de man staan waardoor de terugval van de bestuursbevoegdheid aan de vrouw mijns inziens niet automatisch kan plaatsvinden. Dit zou in strijd zijn met de gedachte dat degene die in de registers als rechthebbende staat vermeld, ook het bestuur heeft.⁹¹

Voor een 'terug-overheveling' van de bestuursbevoegdheid zou mijns inziens gebruik kunnen worden gemaakt van een bestuursovereenkomst. Dat betekent dat partijen naar de notaris moeten gaan en een akte van huwelijkse voorwaarden moeten laten opmaken en deze ter goedkeuring moeten aanbieden bij de rechter, waarna de akte in het huwelijksgoederenregister kan worden ingeschreven. Eventueel zou het bestuur van het huis ook kunnen worden overgedragen aan de vrouw, zie hiervoor onderdeel 8.3.1 sub b). Al met al omslachtige, dure en tijdrovende procedures, waarbij de vrouw afhankelijk is van de medewerking van de man om het bestuur terug te krijgen over het nieuwe registergoed. Dit voorbeeld toont aan dat het terecht is dat de heersende leer de bestuurswisseling niet uitstrekt tot vervreemdingshandelingen met betrekking tot registergoederen.

Zou men daarentegen aannemen dat ook bij beëindiging van de bedrijfsvoering bij registergoederen het bestuur over het nieuw aangeschafte goed overgaat naar de oorspronkelijk bestuursbevoegde, dan zou dat in de praktijk betekenen dat de niet meer het bedrijf uitoefenende echtgenoot staat vermeld als eigenaar van het nieuwe registergoed, terwijl niets meer de bezoeker laat vermoeden dat de andere echtgenoot in werkelijkheid bestuursbevoegd is. Ook bij nader onderzoek zijn er geen objectief waarneembare gegevens in de registers of aan het pand zelf, die dit aangeven.⁹² Men ziet dat deze consequenties niet in het systeem passen, en ook niet nodig zijn voor een bedrijfs-

91 Zie HR 2 april 1976, NJ 1976 450 mnt. WMK (Modehuis Nolly I).

92 Ik laat daarbij de complicaties als een goed ten dele vervanging is van een oud goed maar mede met geld uit de zaak een veel duurder onroerend goed is aangeschaft, buiten beschouwing. Het is al ingewikkeld genoeg zonder die complicatie, om deze oplossing om praktische redenen af te wijzen.

voering met toepassing van de bestuurswisseling van art. 97 lid 2.

Mijn conclusie is derhalve dat de bestuurswisseling op grond van art. 97 lid 2 alleen een gebruiksrecht van de betreffende goederen omvat, naast een vervreemdingsrecht ten aanzien van goederen die niet op naam staan, voorzover de bedrijfsvoering dat per se eist. Exclusieve vervreemdingsbevoegdheid voor de bedrijfsvoerende echtgenoot ten aanzien van registergoederen moet worden verworpen.⁹³

GEVOLGEN VAN DE BESTUURSWISSELING VOOR DE BEVOEGDHEID VAN DE ECHTGENOTEN OM EEN BEDRIJFSGOED TE BEZWAREN

Ik ben van mening dat een bedrijfsvoerende echtgenoot ook niet bevoegd is om een recht van hypotheek⁹⁴ zelfstandig te vestigen op een onroerende zaak dat hij als bedrijfspand gebruikt, ook als dit bedrijfseconomisch verantwoord zou zijn, bijvoorbeeld als het geleende geld voor renovatie en innovatie binnen het bedrijf besteed zou worden. Wordt de hypotheek - onverhoopt - niet afgelost dan zal de daarop volgende executie van het goed tot gevolg hebben dat de andere echtgenoot 'zijn'⁹⁵ onroerend goed kwijtraakt zonder dat hij daar enige invloed op heeft kunnen uitoefenen. Het is niet mogelijk om met juridische middelen⁹⁶ in te grijpen als hij het met de hypotheekvestiging niet eens is. Men zou bij de bestuurswisseling de bedrijfsvoerende echtgenoot als het ware *carte blanche* geven ten aanzien van het bedrijfsgoed. Dit lijkt mij een te vergaand gevolg van een meer op praktische argumenten steunende regeling. Net als bij art. 1:88⁹⁷ lijkt mij een gecombineerde besluitvorming meer op zijn plaats. De echtgenoten worden quasi verplicht tot gezamenlijke besluitvorming door gezamenlijke bestuursbevoegdheid bij de vestiging van een hypotheek aan te nemen. Overeenkomstige argumenten spreken ook tegen het verlenen van een pandrecht op een bedrijfsgoed, dat onder de bestuurswisseling valt. Bedrijfseconomisch zal dit in de meeste geen ernstige beperking van de bedrijfsvoering inhouden, omdat alle goederen die voor het bedrijf zijn aangeschaft, door de normale bestuursregels onder bestuur van de bedrijfsvoerende echtgenoot vallen. Dat geldt voor bedrijfsmiddelen maar ook voor vorderingen op afnemers, voorzover deze in de gemeenschap van goederen vallen. De uitzondering doet zich alleen voor ten aanzien van goederen die los van de bedrijfsvoering onder bestuur stonden van de andere echtgenoot maar die door de bestuurswisseling onder het

93 Dit is ook de heersende leer. Zie Klassen-Eggens-Luijten, p. 124; en de MvT bij de invoering van deze regeling, PG Invoeringswet 1969 Boek 1, p. 1191.

94 Luijten, WPNR 4913 (1966), p. 315-316; duidelijk de MvT bij de invoering, PG Invoeringswet 1969 Boek 1, p. 1191.

95 Ik bedoel daarmee dat hij normaliter daarover bestuursbevoegd is, als men afziet van de bestuurswisseling tengevolge van de bedrijfsuitoefening.

96 Het is natuurlijk wel mogelijk om via informele weg te proberen om zijn echtgenoot te bewegen om van de hypotheekvestiging af te zien. Maar juridisch afdwingbaar is dat niet.

97 Hierover meer in hoofdstuk 12.

bestuur van de bedrijfsvoerende echtgenoot zijn gekomen. Een redenering analoog aan die ten aanzien van de bevoegdheid om hypotheek te vestigen zal ook hier meebrengen dat het pandrecht alleen gezamenlijk kan worden gevestigd zolang de bestuurswisseling duurt.

Bij beperkt zakelijke genotsrechten worden de belangen van de bestuursbevoegde echtgenoot minder ernstig bedreigd omdat de bestuursbevoegde echtgenoot niet de eigendom van de zaak kan verliezen. Desondanks kan in de praktijk het gebruik toch drastisch worden beperkt. Het is altijd de vraag of het wel een rechtshandeling is die behoort tot de normale exploitatie. Indien wij aannemen dat dit inderdaad het geval is dan kan men twee kanten uit redeneren. Men kan verdedigen dat net als bij de hypotheek, echtgenoten altijd samen moeten werken als zij over een onroerend goed willen beschikken. Dat is een zekere methode om de belangen van de oorspronkelijk bestuursbevoegde te verzekeren. Ik kan mij ook voorstellen dat men de bedrijfsvoerende echtgenoot de bevoegdheid toestaat om een dusdanig recht te vestigen onder de ontbindende voorwaarde van beëindiging van de bedrijfsvoering, art. 3:38. Dat zou betekenen dat de beperking steeds maar een beperkte periode beslaat, waarna de volle eigendom terugkeert in het vermogen waar hij zich eerst bevond. De bestuursbevoegdheid keert weer terug naar de oorspronkelijk bevoegde.

Voor derden is deze gang van zaken duidelijk omdat de voorwaarde in het openbaar register kan worden ingeschreven en de vervulling ervan ook, zie art. 3:17 lid 1 sub c). Daarna weten zij dat het beperkte recht weer teniet is gegaan, vergelijk art. 3:23.

IS DE BESTUURSWISSELING BEPERKT TOT 'GOEDEREN' IN GOEDERENRECHTELIJKE ZIN?

Tot nu toe zijn wij er steeds van uitgegaan dat de bestuurswisseling het hele goed in goederenrechtelijke zin omvat. Is het ook mogelijk om bijvoorbeeld ten aanzien van een deel van een zaak de bestuurswisseling aan te nemen? De literatuur biedt weinig uitsluit, maar het volgende voorbeeld lijkt aan te tonen, dat dit mogelijk moet zijn. Stel dat een echtgenoot in een deel van het huis een kantoor heeft van waaruit een adviespraktijk wordt uitgeoefend, terwijl de rest van het huis wordt bewoond door het gezin. Ten aanzien van de kantooruimte moet de adviserende echtgenoot het bestuur hebben voorzover dit nodig is voor de bedrijfsuitoefening: hij moet het kunnen laten schilderen en hij moet de mogelijkheid hebben om anderen de toegang te ontzeggen. De andere echtgenoot moet niet met een beroep op het algemene gebruiksrecht kunnen zeggen, dat hij tijdens een vertrouwelijk gesprek met een cliënt van de adviserende echtgenoot, het kantoor wil gebruiken voor eigen activiteiten. Omgekeerd lijkt mij niet nodig dat het gezamenlijke bestuur zich over de rest van het huis moet uitstrekken. De overigens besturende echtge-

noot moet wel de mogelijkheid hebben om een kamer boven aan een student te verhuren, als dat niet van invloed is op de adviespraktijk. Deze opvatting betreft met name het deel van het bestuur dat betrekking heeft op het toelaten van feitelijke handelingen.

Bij beschikkingshandelingen die zich per definitie over goederen als goederenrechtelijke eenheid uitstrekken, moet men mijns inziens wel aannemen dat deze handelingen door de bestuurswisseling alleen gezamenlijk kunnen worden verricht.

BEËINDIGING VAN DE BESTUURSWISSELING

De beëindiging van de bestuurswisseling vindt per definitie staande huwelijk plaats en zal daarom worden behandeld in hoofdstuk 8.

5.4 Bijzonderheden bij echtgenoten die vanaf de huwelijkssluiting buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd

In het voorgaande was vooral sprake van echtgenoten die in de wettelijke gemeenschap van goederen waren gehuwd. Wat is het gevolg voor de bestuursbevoegdheid als echtgenoten direct buiten gemeenschap van goederen trouwen? Ook voor hen geldt de hoofdregel van art. 1:90 lid 1: elke eigenaar heeft het bestuur over zijn eigen goederen. Elke echtgenoot kan zelf beschikken over zijn goederen en hen feitelijk gebruiken, waarbij hij het gebruiksrecht van de andere echtgenoot moet respecteren.

BESTUUR BIJ GEZAMENLIJK VERKREGEN GOEDEREN

Hebben de echtgenoten voor de huwelijkssluiting, eventueel in een periode van samenwoning, al gemeenschappelijke goederen verkregen, dan geldt voor hen de mede-eigendom van titel 3.7 BW. In hoeverre is na de huwelijkssluiting het gebruiksrecht te verstaan? Potentieel gelden hiervoor zowel art. 1:90 lid 1 alsook art. 3:169. Het lijkt mij dat bij deze samenloop de regel van art. 90 voorgaat als *lex specialis*. Dit houdt bijvoorbeeld in dat bij verhuur van een dergelijk gemeenschappelijk goed de huurovereenkomst door een echtgenoot alleen gesloten kan worden, maar dat - strikt genomen - de ter beschikkingstelling door beide echtgenoten is vereist. Dit is immers ook een deel van het bestuur dat aan beiden toekomt.

Stemt de andere echtgenoot er niet mee in, dan kan hij de ter beschikkingstelling verhinderen, zoals dit ook bij een bestuursoverschrijding bij een gemeenschapsgoed mogelijk is.

HOOFDSTUK 6

Duits intern recht: de goederenrechtelijke positie van derden, indien echtgenoten vóór de huwelijkssluiting in een Ehevertrag het stelsel van Gütergemeinschaft hebben gekozen, § 1415 BGB

INLEIDING: HUWELIJKSE VOORWAARDEN IN HET KORT

Naar Duits recht kunnen echtgenoten in een Ehevertrag (huwelijkse voorwaarden) hun 'güterrechtliche Verhältnisse' regelen, waaronder ook begrepen is de mogelijkheid om staande huwelijk een ander goederenregime overeen te komen, aldus § 1408 BGB. Het Duitse recht geeft in beginsel de keuze tussen de Gütergemeinschaft, § 1415 e.v., en de Gütertrennung, § 1414. Ook is het mogelijk om de wettelijke regelingen naar eigen inzicht aan te passen, aldus de literatuur, mits men niet tornt aan de basisprincipes van de stelsels.¹

In de literatuur is omstreden welke afspraken tussen echtgenoten vallen onder de in § 1408 genoemde 'güterrechtliche Verhältnisse'. Men gaat ervan uit dat dit die afspraken omvat die echtgenoten alleen maken omdat zij met elkaar zijn gehuwd. Alle overeenkomsten die ook ongehuwde partijen zouden kunnen sluiten vallen daar dus buiten.² Alleen het feit dat echtgenoten door een bepaalde afspraak iets regelen dat met huwelijksgoederenrecht te maken heeft is niet voldoende om daarvoor de vorm van de Ehevertrag verplicht te stellen.³ Daarmee blijven eigenlijk alleen afspraken betreffende het gehele vermogen van de echtgenoten of een omvattende regeling van de huwelijksvermogensrechtelijke verhoudingen over, die per se in een Ehevertrag moeten worden vastgelegd. Dit geldt ook voor bepalingen aangaande de Versorgungsausgleich die pas bij beëindiging van het huwelijk een rol gaat spelen, § 1408 lid 2. Een Ehevertrag moet in aanwezigheid van beide echtgenoten⁴ voor een notaris worden overeen gekomen, § 1410.⁵ Is aan het vormvoorschrift niet voldaan dan is de Ehevertrag nietig.

1 Staudinger-Thiele Vorbem 14 e.v. zu § 1408 ff; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 611; Schwenger, AcP 196 (1996), p. 90 noot 5, met vele verwijzingen; zie hierover onderdeel 2.2.

2 Kiethe, MDR 1994, p. 639 met verdere verwijzingen.

3 Zie Zöllner, FamRZ 1965, p. 115, die op de wonderlijke gevolgen van deze opvatting wijst; Schwab, Dnotz 1977, Sonderheft, p. 55-56.

4 Staudinger-Thiele § 1410 Rn 7; Kiethe, MDR 1994, p. 639. Voldoende is ook dat een der echtgenoten aan een derde of aan de andere echtgenoot een volmacht geeft voor het maken van de huwelijkse voorwaarden. Zie Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 474. De volmacht hoeft niet notarieel te zijn, § 167 lid 2 BGB.

5 Voor de complicaties die optreden als een der partners niet handelingsbekwaam is zie Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 474.

Echtgenoten kunnen de Ehevertrag ook al vóór het huwelijk sluiten, maar hij werkt in ieder geval niet eerder dan het moment van huwelijksluiting.⁶ Ook in het Duitse recht zijn huwelijksvoorwaarden inschrijfbaar in een register, § 1412. De heersende leer neemt aan dat derden daarna geacht worden hen te kennen, zie hierna. Intern is de werking niet afhankelijk van een eventuele inschrijving in het Güterrechtsregister.⁷

6.1 De Gütergemeinschaft als keuzestelsel: Inleiding

Een van de mogelijke stelsels is de Gütergemeinschaft. Het is onduidelijk hoe vaak zij wordt overeen gekomen. Omdat inschrijving in het huwelijks-goederenregister vaak achterwege blijft, zijn betrouwbare cijfers niet beschikbaar.⁸ Hoewel de Gütergemeinschaft lijkt op de wettelijke gemeenschap in Nederland, zijn er toch een aantal pregnante verschillen, waaronder de regel dat in beginsel alle gemeenschapsgoederen gezamenlijk bestuurd worden. Splitsing van bestuursbevoegdheid zoals wij deze in het Nederlandse wettelijk stelsel kennen, is hier niet bekend. Mede hierdoor maar ook door de ingewikkelde opzet is de Gütergemeinschaft in Duitsland weinig populair.⁹ In sommige landelijke gebieden is de keuze voor dit stelsel meer traditioneel bepaald.¹⁰ Er waren in de agrarische sector ook fiscale voordelen aan verbonden, maar die zijn inmiddels afgeschaft.¹¹

Vermogensverschuivingen door boedelmenging worden in het algemeen civielrechtelijk niet als schenking gezien, omdat de bedoeling van de vermogensoverdracht om niet ontbreekt. In extreme gevallen kan deze bedoeling wel aanwezig zijn, waardoor er alsnog een schenking moet worden aangenomen, mits motieven die buiten de normale huwelijksvermogensrechtelijke overwegingen liggen, de hoofdreden voor de keuze voor de Gütergemeinschaft vormen.¹² Men denke daarbij aan bewuste overheveling van ver-

6 Zelfs vóór de verloving kunnen de huwelijksvoorwaarden worden gesloten, Germhuber/Coester-Waltjen, p. 470.

7 Germhuber/Coester-Waltjen, p. 489-490; Henrich, Familienrecht, p. 132; MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 2-3 vor § 1558. Zie voor de gevolgen van een inschrijving in het Güterrechtsregister onderdeel 6.3.1.

8 Zie Zöllner, FamRZ 1965, p. 113 e.v.; MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 22 vor § 1415; Langenfeld, FamRZ 1987, p. 13. Ik laat de zogenaamde fortgesetzte Gütergemeinschaft, § 1483 e.v., buiten beschouwing, omdat zij pas na het overlijden van een der echtgenoten intreedt, en sterk verbonden is met het erfrecht. Deze variant valt daarom buiten mijn onderzoek. Voor meer informatie verwijst ik naar Langenfeld, Handbuch, Randnr. 325 e.v.

9 Schwenzer, AcP 196 (1996), p. 91.

10 Jerschke en Langenfeld gingen in discussie hierover, DNotZ 1985, Sonderheft, p. 191; zie ook Langenfeld, FamRZ 1987, p. 13.

11 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 20-22 voor § 1415. Voor een uiteenzetting van fiscale aspecten van dit regime zie Behmer, FamRZ 1988, p. 346 e.v.

12 BGH 27 november 1991, BGHZ 116, p. 178; NJW 1992, p. 558; FamRZ 1992, p. 304. De fiscus heeft overigens een andere opvatting over de normale situatie; er worden schenkingsrechten geheven. Zie sinds 1974 § 7 ErbStG. Dit heeft de populariteit verder doen afnemen. Uitgebreid

mogensbestanddelen met het oog op verzorging van de echtgenoot of de kinderen, vooral indien dit vlak voor het overlijden van de bevoordelende echtgenoot plaatsvindt.¹³ In de regel zijn deze overwegingen niet aan de orde.¹⁴ Daar komt nog bij dat het in de normale gevallen ook geen definitieve overheveling van vermogensbestanddelen hoeft te betreffen omdat een hernieuwde wijziging van het huwelijksvermogensregime de bevoordeling weer ongedaan kan maken.

6.1.1 De vermogens: het Gesamtgut, het Vorbehaltsgut, het Sondergut

HET GESAMTGUT

Welke goederen gaan tengevolge van de boedelmenging¹⁵ in de gemeenschap over bij de Gütergemeinschaft? In principe omvat de gemeenschap alle goederen van de echtgenoten ten tijde van het ontstaan van de gemeenschap en alle goederen die zij later verkrijgen, § 1416,¹⁶ tenzij zij Vorbehalts- of Sondergut (zie hieronder) zijn. Ook goederen die in de plaats komen van Gesamtgut worden weer Gesamtgut, tenzij er een reden is om hen in het Vorbehalts- of Sondergut van een der echtgenoten te laten vallen.

DIRECTE VERKRIJGING OF DOORLEVERING?

In Duitsland is een discussie gevoerd over de vraag hoe een echtgenoot een goed verkrijgt, die een toekomstig gemeenschapsgoed voor zichzelf aanschafft.¹⁷ In dat geval, zo wordt wel gesteld, verkrijgt hij als hij de zakelijke overeenkomst niet voor de gemeenschap sluit eerst voor zichzelf, waarna het goed na een juridische seconde overgaat in de gemeenschap.¹⁸ De rechtvaardiging van deze leer ligt in strikte toepassing van de zakenrechtelijke beginse- len: de verkrijger wordt rechthebbende zoals hij bij de zakelijke overeen- komst heeft gewild: als hij niet direct voor de gemeenschap wilde verkrijgen

hierover Behmer, FamRZ 1988, p. 346-347; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 112-113 en p. 152; Langenfeld, Handbuch, Randnr. 319. In Nederland is dat anders: HR (derde kamer), 17 maart 1971, NJ 1972 136 mnt. EAAL.

13 Zie het geval van RG 22 november 1915, RGZ 87, p. 301, waar echtgenoten vlak voor de dood van de rijkere echtgenoot, de man, eerst tot Gütergemeinschaft overgingen en 5 dagen erna alweer de Gütertrennung invoerden waarbij veel aan de vrouw werd toegescheiden. Hierdoor trachtten zij de rechten van een kind uit het eerste huwelijk van de man te bekorten.

14 BGH 27 november 1991, MDR 1992, p. 263 met vele voorbeelden van bijzondere gevallen waarin wel sprake kan zijn van een schenking.

15 Er is geen overdracht vereist, § 1416 lid 2. Zie Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 594; Dörr, NJW 1989, p. 1961-1962 met beroep op BGH 10 december 1981, BGHZ 82, p. 346.

16 Langenfeld, Handbuch, Randnr. 423.

17 Zie de verandering in de tijd in de tekst bij Beitzke en Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 137 resp. 153. In de versie van 1985 werd het nog als omstreden aangemerkt; in 1992 wordt de leer van de directe verkrijging genoemd zonder de controverse te vermelden. Langenfeld, Handbuch, Randnr. 422.

18 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 21 bij § 1416, in het bijzonder noot 38, vermeldt de vertegenwoordigers van deze stroming, waaronder Gernhuber, Tiedtke en Diederichsen, met een beroep op RG 24 januari 1914, RGZ 84, p. 327.

dan geeft de wet, aldus deze leer, geen houvast voor een zakenrechtelijke vertegenwoordiging. Daarom moet hij eerst voor zichzelf verkrijgen, waarna op grond van § 1416 automatisch doorlevering naar de gemeenschap plaatsvindt.¹⁹

Voorstanders van de directe leer²⁰ menen dat de doorlevering niet nodig is. Directe verkrijging is niet door de wet uitgesloten en bovendien veel eenvoudiger. Bij de verkrijging van onroerende zaken moet immers de andere echtgenoot als mede-rechthebbende in het Grundbuch worden vermeld. Zou men de doorleveringsleer aanhouden dan zou eerst de echtgenoot die de zaak verkreeg, alleen als eigenaar worden ingeschreven waarna de andere echtgenoot na de doorlevering alsnog als eigenaar ingeschreven zou moeten worden, een onnodige en dure omweg.²¹

Kanzleiter²² bewandelt een tussenweg: kijk naar hetgeen de verkrijger beoogt. Als hij voor de gemeenschap wil verkrijgen en hij dat duidelijk maakt bij de zakelijke overeenkomst (of als hij dit niet duidelijk maakt, maar het bij overdracht van roerende zaken de vervreemder niet uitmaakt aan wie hij levert) dan vindt directe verkrijging plaats; als dat niet het geval is, dan verkrijgt hij eerst voor zichzelf.²³ Helaas heeft de BGH deze kwestie in het midden gelaten.²⁴

EEN KORTE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKING

Deze discussie is naar mijn weten in Nederland voor het huwelijksvermogensrecht niet gevoerd, omdat men aanneemt dat ook bij echtgenoten die apart handelen, de verkrijging door de magnetische werking van de gemeenschap direct in de gemeenschap plaatsvindt.²⁵ Men ziet blijkbaar de gemeenschap meer als een verzameling van vermogensbestanddelen, waarin alle verkrijgingen van een echtgenoot²⁶ terecht komen, terwijl het idee van de zakenrechtelijke vertegenwoordiging als basis voor de mede-eigendom bij de verkrijging niet doorwerkt in bijvoorbeeld de goede trouw-vereisten. In Nederland komt de vertegenwoordigingsgedachte in de zakenrechtelijke fase niet aan de orde. De mede-eigendom ontstaat omdat het goed in de wettelijke gemeenschap terecht komt waarin de andere echtgenoot medegerechtigd is.

19 Waarschijnlijk is dit de meer heersende opvatting, zie Firsching/Graba, Randnr. 248, met verdere verwijzingen; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 596.

20 Zie MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 21 bij § 1416 noot 39, voor aanhangers van deze leer.

21 Aldus Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 153. Ondanks de doorleveringsgedachte willen Tiedtke en Gernhuber gelijk het registergoed in mede-eigendom laten inschrijven; Tiedtke, FamRZ 1979, p. 371; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 596.

22 MünchKomm, Randnr. 22 bij § 1416.

23 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 23 bij § 1416. De doorleveringsleer heeft in Duitsland en Nederland vergelijkbare voor- en nadelen.

24 BGH 10 december 1981, BGHZ 82, p. 346.

25 Dit geldt in Nederland niet anders voor verkrijgingen in de mede-eigendom van Boek 3, maar die gemeenschap is niet vergelijkbaar met de Gütergemeinschaft die in dit hoofdstuk als bijzondere gemeenschap tussen echtgenoten aan de orde is.

26 Uitgezonderd de goederen, genoemd in art. 1:94.

HET VORBEHALTSGUT

Anders dan het Nederlandse recht kent het Duitse huwelijksvermogensrecht twee verschillende soorten van privégoederen. Een daarvan is het Vorbehaltsgut. Dit kan zijn oorsprong daarin hebben dat de echtgenoten bepaalde goederen in de Ehevertrag de status van Vorbehaltsgut geven, § 1418 BGB. Hun wil moet er voorts op gericht zijn om iets als Vorbehaltsgut te verkrijgen of met betrekking tot een dusdanig goed te handelen.²⁷ Vorbehaltsgut kan ook ontstaan doordat een goed geschonken of vererfd wordt onder de voorwaarde dat het buiten de gemeenschap blijft. Door substitutie van een zodanig goed of met de opbrengst van Vorbehaltsgut verkregen goederen zijn ook weer Vorbehaltsgut, § 1418 lid 2 sub 3 BGB.²⁸ Dit geldt ook voor de vruchten ervan.²⁹

Vorbehaltsgut wordt bestuurd door de echtgenoot aan wie het toebehoort, § 1418 lid 3. Volgens de heersende leer worden registergoederen die deel uitmaken van het Vorbehaltsgut alleen op naam van de betreffende echtgenoot in het register ingeschreven. Het is niet mogelijk om de kwalificatie als Vorbehaltsgut in het openbare register in te schrijven.³⁰ Echtgenoten kunnen het bijzondere karakter van Vorbehaltsgut alleen aan onkundige derden tegenwerpen als de Ehevertrag waarin het goed tot Vorbehaltsgut wordt bestempeld, in het huwelijksgoederenregister is ingeschreven, waarna deze eigenschap aan derden kan worden tegengeworpen volgens de regels van § 1412.³¹

Door de aanwijzing van bepaalde goederen als Vorbehaltsgut kunnen de echtgenoten de omvang van de gemeenschap beïnvloeden. Zij kunnen bijvoorbeeld een soort gemeenschap van vruchten en inkomsten creëren door alle goederen die zij ten tijde van de huwelijksluiting in eigendom hebben, in het Vorbehaltsgut van de voorhuwelijkse eigenaar te laten.

Waar ligt de grens? Deze is niet eenvoudig vast te stellen. Duidelijk is dat de echtgenoten hier een grote vrijheid genieten. Sommigen vrezen denaturering van de gemeenschap van goederen en laten door die overwegingen de grens bepalen; anderen vinden dat alles mogelijk is zolang de belangen van een der echtgenoten niet in de verdrukking komen.³² Vast staat dat de enige manier om goederen door 'Universalsukzession' in de gemeenschap te doen overgaan en eventueel ook directe levering in de gemeenschap te bereiken, via de weg van de gemeenschap van goederen loopt.³³ Als echtgenoten dit op

27 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 155.

28 Voor details zie Staudinger-Thiele, § 1418 Rn 8-50.

29 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 155, noemt als voorbeeld de huuropbrengsten van een Vorbehaltsgut.

30 Staudinger-Thiele § 1418 Rn 57.

31 Staudinger-Thiele § 1418 Rn 56. De derdenbescherming komt in onderdeel 6.3 uitgebreid ter sprake.

32 Voor de vindplaatsen van deze opvattingen zie Zöllner, FamRZ 1965, p. 116.

33 Zöllner, FamRZ 1965, p. 116.

prijs stellen dan zijn zij quasi verplicht om van de gemeenschap van goederen uit te gaan en deze aan hun wensen aan te passen.

SONDERGUT

Daarnaast bepaalt § 1417 BGB dwingend³⁴ dat ook 'Sondergut' buiten de gemeenschap blijft. Onder Sondergut worden verstaan: goederen die eigendom zijn van een der echtgenoten, maar die niet door een 'Rechtsgeschäft' kunnen worden overgedragen. Uit de onoverdraagbaarheid wordt afgeleid dat de betreffende goederen niet in de gemeenschap kunnen overgaan. In ieder geval behoren daartoe goederen die uit hun aard onoverdraagbaar zijn, bijvoorbeeld een aanspraak op smartengeld indien deze nog niet in een overeenkomst is erkend of in rechte aanhangig is gemaakt, § 847 lid 1, 2^e zin, of het recht van Nießbrauch (vruchtgebruik), § 1059. Zeer omstreden is of ook goederen die tussen partijen onoverdraagbaar zijn gemaakt, bijvoorbeeld vorderingen, § 399, ertoe behoren.³⁵ Op grond van de definitie geldt ten aanzien van het Sondergut het substitutiebeginsel niet: wordt een onderdeel van het Sondergut vervangen door een ander³⁶ dan valt het surrogaat alleen dan weer in het Sondergut als het aan de definitie voldoet.³⁷ Anders valt het surrogaat gewoon in de gemeenschap, zoals bijvoorbeeld bij uitkeringen op grond van onoverdraagbare aanspraken het geval is.³⁸

Lutter hekelt deze noodoplossing ter redding van het systeem van het zakenrecht.³⁹ Hij spreekt van 'Notgütermasse zur Beseitigung von Widersprüchen'. Zij geldt eigenlijk alleen maar voor een beperkte groep van onoverdraagbare goederen, namelijk die goederen die uit hun aard (höchstpersönliche Natur) of speciale wettelijke regeling onoverdraagbaar zijn. In de praktijk gaat het met name om de eerstgenoemde groep van goederen. De door partijen zelf onoverdraagbaar gemaakte vorderingen horen daar niet bij.⁴⁰ Ook beperkt overdraagbare goederen, die bijvoorbeeld alleen met toestemming van derden overdraagbaar zijn, zouden niet tot het Sondergut mogen behoren. De onoverdraagbaarheid vindt hier bijvoorbeeld haar oorzaak in de

34 Behmer, FamRZ 1988, p. 340.

35 MünchKomm (Kanzleiter) Randnr. 1-5 bij § 1417 BGB. In Randnr. 7 bespreekt hij de mogelijkheid van echtgenoten om in een Ehevertrag overeen te komen dat surrogaten van Sondergüter en opbrengsten daarvan ook weer Sondergut zijn; Langenfeld, Handbuch, Randnr. 428-430: tegen de schepping van Sondergut op grond van § 399 lid 2. Hij is van mening dat echtgenoten wel Sondergut in Vorbehaltsgut kunnen omzetten, omdat het goed privé-eigendom van de desbetreffende echtgenoot blijft.

36 Dat kan mijns inziens alleen plaatsvinden door bijvoorbeeld een verzekeringsuitkering terzake van beschadiging of tenietgaan, omdat overdracht van deze goederen onmogelijk is.

37 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 603, wijst erop dat bij verkrijging van onoverdraagbare goederen, in zijn voorbeeld een recht van vruchtgebruik, deze in het Sondergut van de verkrijger vallen. Als beide echtgenoten als verkrijger optreden, dan valt het goed toch in de gemeenschap.

38 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 597; Henrich, Familienrecht, p. 129; Langenfeld, Handbuch, Randnr. 430.

39 AcP 161 (1962), p. 163-176.

40 Lutter geeft op de eerste bladzijden van zijn artikel nog meer voorbeelden.

bedoeling van partijen om de debiteur te beschermen tegen willekeurige overdrachten van de vordering, die wederom tot willekeurige wisselingen van zijn crediteur zou leiden. Hiervoor is het paardenmiddel, onderbrenging in het Sondergut, niet nodig. Ook wanneer de vordering in de gemeenschap valt blijft de toestemming van die derde bij een overdracht vereist. Bij overlijden van de oorspronkelijke crediteur is er sprake van overgang onder algemene titel, die niets te maken heeft met willekeurige overdracht van de vordering.

De onderbrenging in het Sondergut heeft daarnaast zeer ongewenste gevolgen. Hierdoor zou het mogelijk worden dat de ene echtgenoot door een afspraak met zijn wederpartij een vordering die hij op die wederpartij heeft, tot Sondergut maakt, en daarmee kan voorkómen, dat die vordering in het gemeenschappelijk vermogen valt. Zo zou louter door partijwil eenzijdig het huwelijksgoederenstelsel kunnen worden beïnvloed, zonder dat de andere echtgenoot daarop enige invloed kan uitoefenen. Ik ben het op dit punt dan ook volledig eens met de interpretatie van Lutter.⁴¹

6.2 Verwaltung bij de Gütergemeinschaft

6.2.1 Gemeinschaftliche Verwaltung, § 1421 BGB

INLEIDING

Ten aanzien van gemeenschapsgoederen bestaat sinds 1 april 1953 in principe gezamenlijke Verwaltung (bestuur). Vroeger bepaalde de wet dwingend dat de man exclusief bestuursbevoegd was, maar in het kader van gelijke rechten voor man en vrouw is deze bepaling geschrapt.⁴²

Het is de bedoeling dat de echtgenoten expliciet in een Ehevertrag een bepaling over de door hen gewenste bestuursregeling opnemen. § 1421 BGB laat hen alleen de keuze tussen exclusief bestuur door de man of de vrouw, of gezamenlijk bestuur. Andere mogelijkheden zijn er niet met betrekking tot de gemeenschapsgoederen. Volgens de heersende opvatting is het niet mogelijk om beide echtgenoten in een Ehevertrag een collectief bestuursrecht te geven of dit recht voorwaardelijk te verlenen.⁴³ Echtgenoten kunnen dat resultaat

41 Zo ook Palandt/Diederichsen, Randnr. 3 bij § 1417. Ook Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 154, leggen de nadruk op het feit dat het Sondergut wettelijk is vastgelegd en niet door de echtgenoten naar eigen goeddunken kan worden uitgebreid of ingeperkt.

42 Voor overgangsrechtelijke problemen zie BayObLG, 26 juli 1989, NJW-RR 1990, p. 5; FamRZ 1990, p. 411. In dit geval hadden partijen na april 1953 hun Ehevertrag opgesteld, zonder daarin een keuze te maken voor een bestuursregeling. Uit de dagelijkse praktijk van dit echtpaar bleek, dat zij in het algemeen gezamenlijk bestuur toepasten, hetgeen dan ook als toepasselijke bestuursregeling werd uitgelegd.

43 Voor een bespreking van verschillende varianten, bijvoorbeeld een splitsing van Verwaltung naar onderwerp (toegestaan) of naar tijd (afwisselend bestuur is niet toegestaan), zie Staudinger-Thiele § 1421 Rn 10-12; MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 2 bij § 1421, die onderverdeling naar tijd wel toestaat; zie ook Palandt/Diederichsen, Randnr. 1 bij § 1421 met een beroep op het omstreden arrest

ook op andere wijze benaderen.⁴⁴ Indien zij gezamenlijke Verwaltung overeen komen in een Ehevertrag, dan staat het hen vrij om via volmachten, § 167,⁴⁵ de nadelen van het gezamenlijke bestuur op te heffen.⁴⁶ Op deze wijze komt men dicht in de buurt van cumulatief bestuur, waarin beide echtgenoten ook apart bestuursbevoegd zijn. Opgemerkt moet worden dat deze modificatie te allen tijde herroepelijk is. Dit is het verschil met een Verwaltungsregeling in een Ehevertrag.

Het is volgens een aantal auteurs wel mogelijk om een bestuursovereenkomst te sluiten met betrekking tot het bestuur over goederen uit het Vorbehaltsgut, maar ik zal in het navolgende ter voorkoming van verwarring ervan uitgaan dat dit niet is gebeurd.⁴⁷

Als de echtgenoten geen expliciete keuze maken, dan geldt van rechtswege gemeinschaftliche Verwaltung, § 1421 slot.⁴⁸ De gemeenschappelijke Verwaltung is de meest populaire variant. Zij wordt in 80 tot 90% van de gevallen gekozen.⁴⁹ Zij geeft allerlei praktische problemen, omdat alle beheers- en beschikkingsdaden⁵⁰ in principe gemeenschappelijk moeten geschieden, § 1450 BGB. Op de andere echtgenoot legt § 1451 een verplichting om aan de Verwaltung mee te werken voorzover dat noodzakelijk is.⁵¹ Als de andere echtgenoot zonder goede reden de medewerking bij een rechtshandeling weigert die noodzakelijk is voor een goede Verwaltung of daartoe verhinderd is,⁵² dan kan diens medewerking worden vervangen door een uitspraak van de rechter, § 1452. Deze bevoegdheid kan in een Ehevertrag niet worden uitgesloten.⁵³

Als een echtgenoot niet in staat is om mee te besturen, dan heeft de andere echtgenoot een Notverwaltungsrecht, § 1454.⁵⁴ In de literatuur wordt de vraag

van BayObLG 26 januari 1968, NJW 1968, p. 896.

44 FamRZ 1965, p. 118.

45 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 484, noemt ook de mogelijkheid van een zog. Generalvollmacht.

46 Zie bijv. BGH 7 december 1993, FamRZ 1994, p. 295, ten aanzien van de bevoegdheid om een schadevergoedingsactie in rechte te kunnen instellen, indien men een volmacht heeft van de andere echtgenoot.

47 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 482. Gernhuber geeft aan dat deze overeenkomst niet is onderworpen aan de beperkingen van § 1409 e.v.

48 Voor de mogelijkheid om de Verwaltung aan de andere echtgenoot over te laten ex § 1413 verwijst ik naar onderdeel 9.8.

49 Henrich, Familienrecht, p. 129; MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 3 bij § 1450.

50 Het betreft dus niet alleen rechtshandelingen maar ook feitelijke handelingen. In de literatuur en rechtspraak wordt verwezen naar het werken op het veld in een boerenbedrijf. MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 2 bij § 1451; BGH 10 juli 1985, FamRZ 1986, p. 42.

51 Een uitzondering wordt gemaakt voor gevallen dat de medewerking niet in redelijkheid te vergen is, bijvoorbeeld bij echtgenoten die gescheiden wonen. MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 6a bij § 1451; BGH 10 juli 1986, FamRZ 1986, p. 42-43.

52 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 4 e.v. bij § 1452.

53 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 8, 10 bij § 1451 en Randnr. 14 bij § 1452.

54 Behmer in FamRZ 1988, p. 341. De heersende leer gaat ervan uit dat dit recht niet door een Ehevertrag kan worden beperkt, zie Langenfeld, Handbuch, Randnr. 483. Anders: MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 7 bij § 1429, Randnr. 8 bij § 1454.

of hij is daartoe is verplicht, verschillend beantwoord.⁵⁵ Het is ook omstreden of het verschil maakt of de Notverwalter op eigen naam of op beider naam handelt.⁵⁶ Ook als er snel opgetreden moet worden om het gemeenschappelijk vermogen te behouden⁵⁷ kan elke echtgenoot alleen handelen, § 1455 BGB. Deze bepaling noemt ook nog een aantal bijzondere rechtshandelingen, waarvoor de medewerking van de andere echtgenoot niet is vereist.

Indien een van de echtgenoten nog minderjarig en daarmee handelingsonbekwaam is of onder Vormundschaft staat, dan geldt voor die periode Einzelverwaltung van de andere echtgenoot. Het is niet de bedoeling dat de ouders of de Vormund (curator) mede bestuur uitoefenen, § 1458.⁵⁸

BEZITS- EN BESCHIKKINGSRECHTEN VAN ECHTGENOTEN MET GEZAMENLIJKE VERWALTUNG

Welke rechten hebben echtgenoten met gezamenlijke Verwaltung? Ten aanzien van zaken die behoren tot de gemeenschap hebben beide echtgenoten 'als Gesamthänder' middellijk Mitbesitz op grond van hun gezamenlijk eigendomsrecht, § 1450 lid 1 slot.⁵⁹ Daarnaast hebben echtgenoten ook altijd onmiddellijk Mitbesitz aan de inboedel en de echtelijke woning, zie onderdeel 4.1. Dat betekent dat aan beiden de bezitsacties toekomen indien zij in het bezit worden gestoord, waarbij zij een evengroot recht aan de zaken ook aan de andere echtgenoot moeten toestaan, zie § 866 inzake de verhouding tussen Mitbesitzer in het algemeen.

Echtgenoten die gezamenlijke Verwaltung hebben ingesteld, zijn in principe alleen samen bevoegd om over gemeenschapsgoederen te beschikken, § 1450,⁶⁰ over hun eigen goederen kunnen zij steeds zelfstandig beschikken, § 1417 lid 3 en 1418 lid 3. Omdat de gezamenlijke beschikking bij alledaagse handelingen niet praktisch is, vangen de echtgenoten deze problemen gewoonlijk met (wederzijdse stilzwijgende) volmachten op.⁶¹ Is de volmacht geldig, dan is de rechtshandeling ook geldig en bindt zij beiden; is de volmacht niet geldig, dan handelt de echtgenoot onbevoegdelijk. In dit geval is de rechtshandeling alleen geldig als de andere echtgenoot haar 'genehmigt', § 1453 lid 1 j° § 1366.

55 Palandt/Diederichsen, Randnr. 1 bij § 1429, is tegen; MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 4 bij § 1454, is voor, afgeleid uit de plicht tot medewerking in normale situaties, § 1451 BGB.

56 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 619, met vindplaatsen voor de verschillende opvattingen.

57 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 9 bij § 1455.

58 Zie Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 156. Voor de 'Betreuer' geldt deze uitzondering niet, zoals Lüderitz opmerkt, maar volgens deze auteur geldt § 1458 analoog.

59 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 156.

60 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 157. Uit deze bepaling wordt afgeleid dat ook voldoende is als de andere echtgenoot van tevoren toestemming geeft tot het verrichten van een beschikkingshandeling.

61 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 3 bij § 1450. Ik laat op deze plaats een extensieve behandeling van het Duitse recht inzake de volmacht achterwege omdat dit te ver van mijn onderzoeksterrein verwijderd ligt.

Zolang de andere echtgenoot nog niet zijn Genehmigung heeft gegeven, kan de derde zijn medewerking aan de overeenkomst die aan de beschikking ten grondslag ligt nog herroepen, mits de derde niet wist dat de echtgenoot-wederpartij in de gemeenschap van goederen was gehuwd, § 1453 lid 2. Wist de derde hier wel van, dan is herroeping alleen mogelijk als de echtgenoot ten onrechte heeft gezegd dat zijn partner had toegestemd en de derde niet bekend was dat deze mededeling onjuist was. Voor de derde die op het moment van het sluiten van de obligatoire overeenkomst niets wist van de ontbrekende toestemming, betekent dit dat bij ontbrekende toestemming de mogelijkheid bestaat om nog onder een gesloten overeenkomst uit te komen zolang de niet-handelende echtgenoot zijn toestemming niet heeft verleend. Laat de derde de overeenkomst in stand, dan is deze wel geldig maar bindt alleen de handelende echtgenoot. De derde kan nakoming door de levering van een gemeenschapsgoed niet afdwingen. Hem rest alleen een schadevergoedingsvordering tegen de handelende echtgenoot.⁶²

EEN AFWIJKING VAN DE GESAMTVERWALTUNG: HET VOEREN VAN EEN BEDRIJF VOOR REKENING VAN DE GEMEENSCHAP, § 1456 BGB

Bij gemeenschappelijke Verwaltung kent de Duitse wet een bijzondere regeling voor de beroeps- of bedrijfsuitoefening van een echtgenoot voor rekening van de gemeenschap, § 1456. Een derde zal toepasselijkheid van deze regeling moeten afleiden uit het feit dat de echtgenoot als zelfstandig ondernemer optreedt, en dus niet als werknemer van de Verwalter.⁶³ Vroeger was omstreden welke soorten bedrijven onder deze bepaling vielen. Toen was de werking bijvoorbeeld ten aanzien van de vrije beroepsuitoefening omstreden, zoals bij advocaten, artsen, accountants of architecten, maar na een arrest van de BGH is de literatuur het daarover eens geworden.⁶⁴ Het maakt in beginsel niets uit of het bedrijf legaal wordt uitgeoefend, bijvoorbeeld met of zonder de vereiste vergunning. Slechts bij bedrijven of beroepen wier werk bestaat uit het verrichten van onzedelijke of verboden handelingen, zal de instemming nietig zijn door de werking van § 138 (onzedelijke rechtshandelingen zijn nietig), waardoor de werking voor het Gesamtgut op grond van § 1456 niet meer aan de orde kan komen.⁶⁵

De echtgenoot-ondernemer is zelfstandig bevoegd voorzover het rechtshandelingen betreft, die de bedrijfsvoering met zich meebrengt. Hij kan daarbij worden beperkt door beperkingen in de toestemming, die derdenwerking hebben als zij in het Güterrechtsregister zijn ingeschreven, § 1456 lid 3

62 Zie voor verhaalsmogelijkheden van een derde jegens de echtgenoten hoofdstuk 15.

63 In het Duitse recht is het geoorloofd dat de ene echtgenoot bij de ander in dienst is. Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 83; Staudinger-Thiele § 1408 Rn 22; Henrich, Familienrecht, p. 57 e.v. behandelt dit onderwerp uitgebreid.

64 Staudinger-Thiele § 1431 Rn 3. Zie ook BGH 4 februari 1982, BGHZ 83, p. 76; NJW 1982, p. 1810.

65 Staudinger-Thiele § 1431 Rn 4.

j° 1412. Opmerkelijk is dat de echtgenoot die het bedrijf uitoefent, zelfstandig bevoegd is tot het verrichten van rechtshandelingen waarvoor normaliter de instemming van beiden is vereist, bijvoorbeeld het vestigen van een hypotheek op het bedrijfspand.⁶⁶

Wanneer is sprake van rechtshandelingen die voortvloeien uit de uitoefening van beroep of bedrijf? Dit kan niet in het algemeen worden afgeleid uit de economische verhoudingen, maar moet worden gerelateerd aan de afspraken van partijen hierover.⁶⁷ In het algemeen gaan deze bevoegdheden vrij ver: ook buitengewone handelingen vallen eronder zoals het verkrijgen of vereemden van onroerend goed of de overname van een ander bedrijf. Ook het aanvragen van krediet valt onder § 1456. Het gaat erbij om hetgeen de wederpartij mocht begrijpen aangaande de motieven van de echtgenoot. Hoe later gebruik wordt gemaakt van de geleende gelden is alleen in zoverre relevant als daaruit mede kan blijken wat de wil van de echtgenoot is geweest.⁶⁸ Slechts het sluiten of van de hand doen van het eigen bedrijf wordt niet onder de algemene bevoegdheid voor de bedrijfsvoerende echtgenoot begrepen.⁶⁹

De afspraken tussen de echtgenoten zijn niet aan een bepaalde vorm gebonden. Een aantal schrijvers is zelfs van mening dat de instemming onherroepelijk kan worden gegeven. Zij willen voor deze vergaande stap wel het vormvereiste van de Ehevertrag stellen.⁷⁰

EEN RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKING

Met de regeling van het Nederlandse recht in het achterhoofd lijkt dit laatste nogal vergaand. Een echtgenoot kan immers instemming geven tot de uitoefening van een bedrijf in ruime zin, waarmee de andere echtgenoot het gezin zal onderhouden, zonder dat herroeping daarvan mogelijk is. Het is immers onmogelijk om na het verlenen van de toestemming nog enige invloed op de bedrijfsvoering, of op het gebruik van het eventueel gebruikte gemeenschappelijke goed uit te oefenen. De bepaling is altijd van toepassing, ongeacht of de bedrijfsvoering binnen het Gesamtgut of via een van de privé-vermogens van de handelende echtgenoot plaatsvindt. Of daar nu de extra waarschuwing, gelegen in het vormvereiste, bijkomt of niet maakt de regeling in haar gevolgen niet minder belangrijk. Een voordeel is natuurlijk een grotere zekerheid voor de bedrijfsvoerende echtgenoot, die er zeker van kan zijn dat hij zijn bedrijf zonder ingrepen van de andere echtgenoot kan uitoefenen. In bijzondere gevallen waar verdere instemming van de andere echtgenoot redelijkerwijs niet meer te vergen is, lijkt het mij beter als deze aan het autonome handelen van de bedrijfsvoerende echtgenoot een einde zou kunnen

66 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 607.

67 Dörr, NJW 1989, p. 1962.

68 BGH 4 februari 1982, BGHZ 83, p. 76.

69 Staudinger-Thiele § 1431 Rn 23.

70 Staudinger-Thiele § 1431 Rn 34 met verwijzingen.

maken.

De vaststelling van de omvang van de instemming lijkt mij bovendien nogal problematisch als wij te maken hebben met de variant van § 1456 lid 2, waar de instemming wordt afgeleid uit het dulden van een bedrijfsuitoefening door een echtgenoot die van de bedrijfsvoering op de hoogte is. Hier heb ik minder bezwaar tegen omdat de bedrijfsvoering soms een uit de hand gelopen hobby kan zijn of zonder veel overleg opbloeit. Mocht de andere echtgenoot zijn instemming willen beëindigen dan is dat zonder meer mogelijk. In elk geval van beëindiging van de instemming of eventueel het opleggen van beperkingen aan de autonomie van de bedrijfsvoerende echtgenoot kan aan deze wilsuiting derdenwerking worden verleend door inschrijving in het Güterrechtsregister.⁷¹

Deze gedeeltelijke emancipatie van de andere echtgenoot, zoals dit wel eens wordt genoemd,⁷² heeft geen gevolgen voor de bevoegdheden van de Verwalter, behalve voor zover het goederen betreft die de bedrijfsvoerende echtgenoot voor dat werk nodig heeft. Met betrekking tot die goederen mag hij in de interne relatie geen verbintenissen aangaan.⁷³ Als hij dit toch doet, wat is dan de positie van de wederpartij? De literatuur is daar niet zo duidelijk over, maar ik denk dat dan de derde te maken heeft met een bestuursoverschrijding met alle gevolgen van dien.

Als de verwaltende echtgenoot geen toestemming geeft tot het door de andere uitgeoefende bedrijf, dan mag deze het bedrijf voortzetten (de ene echtgenoot kan de andere immers niet verbieden om een bedrijf uit te oefenen)⁷⁴ maar hij kan dit niet (meer) uitoefenen met goederen uit het Gesamtgut. Feitelijk is dit dus alleen mogelijk als hij voldoende Vorbehaltsgut heeft om daarmee het bedrijf uit te oefenen.

6.2.2 Einzelverwaltung, § 1422

Kiezen de echtgenoten voor bestuur van de gemeenschap door een van hen dan wordt de niet-besturende echtgenoot vrij rechteloos. Behmer⁷⁵ klaagde dat het op een Entmündigung (curatele) lijkt, omdat de niet bevoegde echtgenoot niet eens meer zelf handelingen mag verrichten die dienstbaar zijn aan een goed bestuur van de gemeenschap.

Een echtgenoot die heeft toegestemd dat de ander Verwalter is, heeft alleen nog maar het bestuur over zijn Vorbehalts- en Sondergut. Hebben partijen veel van hun goederen in het Vorbehaltsgut ondergebracht dan is dit gevolg minder ernstig dan wanneer partijen vrijwel alle goederen in de gemeenschap

71 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 12 bij § 1431.

72 Staudinger-Thiele § 1431 Rn 23.

73 Staudinger-Thiele § 1431 Rn 30.

74 Staudinger-Thiele § 1431 Rn 32.

75 Behmer, FamRZ 1988, p. 341.

hebben laten vallen. In sommige gevallen kan deze regeling zelfs van voordeel zijn. Het gevolg van een Einzelverwaltung is dat de andere echtgenoot geen schulden kan aangaan waarvoor op de gemeenschap verhaal kan worden genomen. Als het gemeenschappelijk vermogen klein is, of als het bijvoorbeeld de boerderij is die de bevoegde echtgenoot in het huwelijk heeft ingebracht, dan kan deze bepaling een extra zekerheid geven, mede omdat een faillissement van de Nicht-Verwalter niet de gemeenschap mede omvat, § 2 KO.⁷⁶ Wij komen dan al qua gevolgen dicht bij een stelsel van scheiding van goederen.

DE INSTEMMING VOOR HET VOEREN VAN EEN BEDRIJF DOOR DE ECHTGENOOT DIE NIET DE VERWALTER IS

Vergelijkbaar met de regeling van § 1456 bestaat ook bij Einzelverwaltung de mogelijkheid dat de Verwalter aan de andere echtgenoot toestemming geeft om een Erwerbsgeschäft uit te oefenen, § 1431. Oorspronkelijk geschiedde dat met name als de vrouw zelfstandig handel dreef, maar de huidige wetgeving is niet daartoe beperkt.⁷⁷ Als de Verwalter heeft ingestemd of de bedrijfsvoering stilzwijgend heeft goedgekeurd door er niets tegen te ondernemen, terwijl hij ervan wel op de hoogte was, dan kan de niet-verwaltende echtgenoot rechtshandelingen verrichten die de bedrijfsvoering met zich mee brengt.

Het is altijd nog mogelijk dat hij het bedrijf uitoefent voor rekening van zijn eigen Vorbehalts- of Sondergut: daarover strekt zich de Verwaltung van de andere echtgenoot niet uit.⁷⁸

SAMENVATTEND: DE RECHTEN VAN DE VERWALTER

De verwaltungsberechtigte echtgenoot bestuurt in deze variant de gemeenschap zonder medewerking van de andere echtgenoot. Hij heeft derhalve een zelfstandig recht tot bestuur dat niet is geconstrueerd als een volmacht van de andere echtgenoot. Deze bevoegdheid kan niet worden beperkt met werking jegens derden. Wel is mogelijk dat echtgenoten onderling afspreken dat de bevoegde echtgenoot bepaalde rechtshandelingen alleen zal verrichten na toestemming van de andere echtgenoot,⁷⁹ maar deze overeenkomst heeft geen gevolgen voor de externe geldigheid van de rechtshandeling tenzij de derde en de bevoegde echtgenoot kwaadwillig samenspannen.⁸⁰

⁷⁶ Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 161.

⁷⁷ Staudinger-Thiele § 1431 Rn 1, met een korte historische uitleg met verdere verwijzingen.

⁷⁸ Staudinger-Thiele § 1431 Rn 2.

⁷⁹ Het gaat hier natuurlijk niet om rechtshandelingen waartoe altijd toestemming van de andere echtgenoot is vereist. Zie hiervoor hoofdstuk 15.

⁸⁰ MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 17-18 bij § 1422.

HEEFT DE ANDERE ECHTGENOOT OOK NOG RECHTEN?

De andere echtgenoot houdt bij het stelsel van Einzelverwaltung zoals gezegd wel de Verwaltung over zijn eigen Vorbehalts- en Sondergüter. Het hangt er derhalve van af hoeveel van de goederen de echtgenoten in deze vermogens hebben over doen gaan, hoeveel Verwaltungsmacht voor de niet-Verwalter overblijft. De Einzelverwaltung heeft alleen betrekking op de gemeenschap.

In noodgevallen heeft de andere echtgenoot ook bij dit regime een Notverwaltungsrecht, § 1429 BGB.

6.3 Derdenbescherming bij bevoegdheidsoverschrijdingen, de rol van het Güterrechtsregister

Vergelijkbaar met de regeling in Nederland is ook in Duitsland een Güterrechtsregister ingesteld, waarin gegevens omtrent het huwelijksgoederenregime kunnen worden ingeschreven, waardoor derden daar kennis van kunnen nemen. Aangezien dit register ongeacht de variant van de Gütergemeinschaft een belangrijke rol speelt, zal dit register eerst nader worden bekeken voordat wij aan de concrete bestuursoverschrijdingen bij echtgenoten in de Gütergemeinschaft toekomen.

INSCHRIJFBAARHEID VAN DE EHEVERTRAG EN DE GEVOLGEN VOOR DERDEN, § 1412 BGB

Deze kwestie valt uiteen in drie componenten:

a. Wat is inschrijfbaar?

In het Duitse recht wordt hier veel strenger naar gekeken dan in Nederland.⁸¹ De inschrijfbaarheid in Duitsland is, kort gezegd, beperkt tot feiten die voor derden relevant zijn doordat zij hun kunnen worden tegengeworpen of doordat zij anderszins de relatie tussen echtgenoten en derden kunnen beïnvloeden.⁸² Gernhuber⁸³ wijst erop dat omstreden is wat precies in het register mag worden ingeschreven. Aangezien het te ver zou gaan om dit en detail in dit onderzoek uit te werken en de relevantie daarvan voor het vervolg niet aanwezig is, laat ik verdere details achterwege. Vast staat dat alles wat niet onder

81 Zie voor Nederland onderdeel 17.3.2, waarbij uit onderzoek bleek dat griffies bepaalde feiten inschrijven hoewel dit wettelijk niet geregeld is.

82 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 487; Staudinger-Thiele § 1365 Rn 117. Zie BGH 14 april 1976, NJW 1976, p. 1258 mnt. Wolfgang Gottschalg, p. 1741, FamRZ 1976, p. 443, MDR 1976, p. 826, BGHZ 66, p. 203. In dit arrest wijkt de BGH af van zijn oude leer van BGH 28 februari 1964, BGHZ 41, p. 370 waar de opheffing van de beschikkingsbeperking van § 1365 (beschikking over het gehele vermogen) niet inschrijfbaar werd geacht omdat deze afspraak niet negatief voor derden kon zijn, hoogstens positief. OLG Köln 25 mei 1994, NJW-RR 1995, p. 390, FamRZ 1994, p. 1256, achtte de afspraak dat alleen bij de beëindiging van het huwelijk door de dood Zugewinnausgleich moet plaatsvinden, wel inschrijfbaar.

83 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 478.

de definitie valt niet mag worden ingeschreven.

In ieder geval is het mogelijk om in te schrijven dat echtgenoten Vorbehaltsgut hebben gecreëerd, omdat dit alleen door inschrijving tegen derden werkt, § 1418 lid 4 BGB.⁸⁴ Als partijen de inschrijving hiervan achterwege hebben gelaten dan kan de derde te goeder trouw ervan uitgaan dat het goed in kwestie in de gemeenschap valt, § 1412. Dit geldt natuurlijk ook voor Vorbehaltsgut dat op andere wijze is ontstaan.⁸⁵

Ter aanvulling wordt in de praktijk ook de regeling inzake het bestuur, de Verwaltungsregelung, opgenomen omdat echtgenoten moeten kiezen tussen gemeenschappelijke Verwaltung en exclusieve Verwaltung door een van hen. Als niets omtrent de Verwaltung is ingeschreven, dan mag een derde uitgaan van gemeenschappelijke Verwaltung omdat deze van rechtswege geldt als de echtgenoten niets anders zijn overeengekomen.⁸⁶ Dat heeft tot gevolg dat zonder inschrijving de bevoegdheidsbeperkingen die zijn verbonden aan de Einzelverwaltung jegens onkundige derden geen rol spelen.⁸⁷

b. Waar dient de inschrijving plaats te vinden?

De inschrijving moet plaatsvinden in de woonplaats van de echtgenoten. Desnoods moet de inschrijving in twee plaatsen geschieden als de echtgenoten twee woonplaatsen hebben, § 1558; bij verhuizing van (een van) de echtgenoten moet de inschrijving in de nieuwe woonplaats worden herhaald, § 1559.⁸⁸

c. Welke werking heeft de inschrijving jegens derden?

Zoals reeds in de inleiding voor dit hoofdstuk werd vermeld, is inschrijving niet verplicht voor de geldigheid van de Ehevertrag.⁸⁹ Aan derden⁹⁰ die langs andere weg op de hoogte zijn van de Ehevertrag kunnen de bepalingen ervan ook worden tegengeworpen. Het moet daarbij gaan om subjectieve kennis van de feiten, waarbij het niet nodig is dat derden zich ook van de juridische gevolgen van de feiten bewust waren.⁹¹ Indien zij de kennis niet hadden maar eigenlijk behoorden te hebben (in de literatuur wordt gesproken van

⁸⁴ Langenfeld, Handbuch, Randnr. 465.

⁸⁵ Staudinger-Thiele § 1412 Rn 33.

⁸⁶ Palandt/Diederichsen, Randnr. 2 bij § 1421; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 156.

⁸⁷ Henrich, Familienrecht, p. 133.

⁸⁸ Palandt/Diederichsen, Randnr. 1 bij § 1558. Zie Henrich, Familienrecht, p. 50 en Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 118, over de bepaling van de woonplaats of woonplaatsen van de echtgenoten in het algemeen; BGH 11 februari 1987, FamRZ 1987, p. 572. Pas als de inschrijving in alle noodzakelijke registers heeft plaatsgevonden kan een beroep worden gedaan op § 1412. MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 7 bij § 1412.

⁸⁹ Palandt/Diederichsen, Randnr. 1 bij § 1412 met beroep op jurisprudentie; Henrich, Familienrecht, p. 132; MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 3 voor § 1558; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 489.

⁹⁰ MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 5 bij § 1412, wijst erop dat de bepaling alleen geldt jegens een wederpartij van een echtgenoot, niet jegens anderen. Tegenover dezen kunnen zich de echtgenoten wel op de werkelijke verhoudingen beroepen.

⁹¹ Staudinger-Thiele § 1412 Rn 39; MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 8 bij § 1412.

‘fahrlässige oder grobfahrlässige Unkenntnis’)⁹² kunnen zij toch de bescherming inroepen van § 1412. Net als in het Nederlandse recht geldt deze bescherming alleen bij rechtshandelingen die derden met een echtgenoot verrichten, niet voor verbintenissen uit de wet.⁹³

Het belang van de echtgenoten bestaat er voornamelijk in dat zij ook jegens derden een beroep op hun afspraken en de daarbij behorende wettelijke gevolgen kunnen doen, wanneer die derden niet langs andere weg op de hoogte zijn van de ingeschreven feiten.⁹⁴ Een derde te goeder trouw kan alleen op grond van § 1412 een beroep doen op een inschrijving in het register. Hij wordt niet beschermd als hij langs andere weg op de hoogte van bepaalde feiten is. Stel dat een derde langs andere weg kennis van het feit heeft, dat echtgenoten in Gütertrennung zijn gehuwd. Nemen wij voorts aan dat echtgenoten inmiddels in Gütergemeinschaft met Einzelverwaltung zijn gehuwd, maar dit niet (correct) hebben ingeschreven. De derde sluit met een van de echtgenoten een overeenkomst, waarvoor hij wel toestemming op grond van Zugewinnngemeinschaft, alsook op grond van Gütergemeinschaft is vereist (bijvoorbeeld de verkoop van de echtelijke woning, die ex § 1365 en § 1424 toestemming behoeft zoals in hoofdstuk 13 nog aan de orde komt), maar de toestemming wordt niet verleend. De derde kan zich er niet op beroepen dat hij dacht dat zij nog in Gütertrennung waren gehuwd, waardoor geen toestemming nodig zou zijn geweest. Ex § 1412 is hij alleen beschermd tegen vereisten die bij de Gütergemeinschaft horen, niet tegen die van de Zugewinnngemeinschaft. Uit de afwezigheid van de inschrijving had hij moeten afleiden dat zij in Zugewinnngemeinschaft zouden zijn gehuwd.⁹⁵ Zijn privé-kennis doet in casu niet terzake.

PRAKTISCH NUT VAN HET GÜTERRECHTSREGISTER?

Het blijkt dat het huwelijksgoederenregister zelden door derden wordt ingezien⁹⁶ hoewel zij in beginsel wel vrije toegang hebben. Ten aanzien van de kennisneming van bepaalde akten moeten zij aantonen dat zij daar een belang bij hebben.⁹⁷

Langenfeld wijst erop dat er waarschijnlijk Amtsgerichte zijn waar sinds jaren niemand om inzage in het register heeft gevraagd. Hij vraagt zich dan ook af of het register niet beter zou kunnen worden afgeschaft.⁹⁸

92 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 8 bij § 1412; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 119. Zie voor een definitie onderdeel 4.1.

93 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 119; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 489.

94 Zie BGH 29 mei 1984, BGHZ 91, p. 288.

95 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 490.

96 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 3 voor § 1558.

97 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 489.

98 Langenfeld, Handbuch, Randnr. 660; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 486, die beducht is voor het verrassingseffect van de inschrijving; Reithmann in zijn bespreking van de eerste druk van het Handbuch van Langenfeld, DNotZ 1984, p. 459-460.

Kanzleiter⁹⁹ verdedigt enerzijds dat inzage in het register van derden niet kan worden gegeven omdat inschrijvingen van afwijkende regimes in het huwelijksvermogensregister erg zeldzaam zijn. Het register voldoet duidelijk niet aan de functie, derden te goeder trouw te beschermen, aldus deze auteur.¹⁰⁰ Inschrijving van afwijkende regimes zou dan ook niet automatisch verlies van de goede trouw bij de derde tot gevolg mogen hebben. Anderzijds spreekt Kanzleiter zich meer op pragmatische gronden wel voor handhaving van het register uit: het is niet erg duur om het register aan te houden en het is eenvoudig om afwijkingen van het wettelijk stelsel te bewijzen.¹⁰¹ Hij legt daarmee meer de nadruk op de tweede functie van het register: het vereenvoudigen van het rechtsverkeer door rechtszekerheid.

In ieder geval blijft de heersende leer¹⁰² vasthouden aan de regel van § 1412, waardoor aan derden, ongeacht hun subjectieve kennis, ingeschreven feiten in het huwelijksvermogensregister kunnen worden tegengeworpen.

ENKELE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKINGEN

Opvallend is dat ook in Duitsland het Güterrechtsregister een onderwerp van discussie is. In beide landen heeft men moeite met het beginsel dat iets dat in dit register is ingeschreven, automatisch derdenwerking heeft. Deze schroom geldt vooral voor het huwelijksgoederenregister, dat in beide landen spaarzaam wordt geraadpleegd.

Er zijn ook enkele opvallende verschillen: ten eerste is de organisatie verschillend. In Nederland geldt het onpraktische systeem dat inschrijving in de plaats moet geschieden waar het huwelijk (destijds) is gesloten. Raadpleging is lastig als echtgenoten zijn verhuisd, omdat het vinden van het juiste register enig speurwerk vergt, terwijl vaak in een andere dan de woonplaats van de wederpartij gezocht moet worden. De Duitse oplossing (partijen moeten er zelf voor zorgen dat de inschrijving in de woonplaats van dat moment is geschied) is blijkens de Duitse kritiek op hun register ook niet het ei van Columbus. Daar komt nog bij dat gezien de ingewikkelde regeling van het Duitse huwelijksvermogensrecht, de raadpleging nog meer interessante gegevens boven water kan brengen dan in Nederland (men denke alleen al aan de bevoegdheidsbeperkingen die afhankelijk zijn van het geldende regime) waardoor de geringe raadpleegfrequentie nog meer opvalt. In Nederland daarentegen is het algemeen gebruikelijk om de feiten die in het huwelijksgoederenregister kunnen worden ingeschreven, daar ook werkelijk te laten registreren.

99 MünchKomm, Randnr. 22 bij § 1422.

100 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 3 voor § 1558.

101 MünchKomm, Randnr. 5 voor § 1558.

102 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 22 bij § 1422, noot 29; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 491.

MOET DE DERDE GEBRUIK MAKEN VAN DE BESCHERMING?

Omstreden is of een derde kan kiezen of hij gebruik maakt van de werking van § 1412 of dat hij ook kan uitgaan van de werkelijk tussen de echtgenoten geldende afspraken als hij daar later achterkomt.¹⁰³ Dat kan tot gevolg hebben dat hij in een geval dat hij een goed heeft gekregen van een volgens het register beschikkingsbevoegde, maar in werkelijkheid beschikkingsonbevoegde echtgenoot, zou kunnen kiezen tussen een geldige rechtshandeling (door gebruik te maken van de derdenbescherming) en een ongeldige verkrijging (doordat de echtgenoot eigenlijk beschikkingsonbevoegd is). In gevallen waar hij van het verkregen goed af wil, zou dat voor hem voordelig zijn. Tegenstanders van deze keuzemogelijkheid wijzen op de rechtsonzekerheid die daardoor wordt veroorzaakt waardoor tot het moment dat de derde zich heeft uitgesproken, van welke ‘werkelijkheid’ hij wil uitgaan, onduidelijk kan zijn wie eigenaar van een goed is, om even het gegeven voorbeeld verder uit te werken.¹⁰⁴ Anderen gaan ervan uit dat de derde moet kunnen kiezen.¹⁰⁵

Gernhuber maakt een onderscheid naar inschrijvingen die eerst wel juist waren, maar later door wijziging van omstandigheden onjuist zijn geworden terwijl echtgenoten niet voor de correctie ervan hebben gezorgd, en inschrijvingen die nooit juist zijn geweest. Voor de eerste categorie geldt volgens zijn opvatting § 1412 zonder meer. Voor de tweede categorie is hij voorzichtiger in zijn uitspraken: alleen als derden te goeder trouw daadwerkelijk op het register hebben vertrouwd, dan mogen zij de situatie zoals deze uit het register is af te leiden, als werkelijkheid aannemen,

“wenn die Eintragung von den Ehegatten herbeigeführt oder von ihnen schuldhaft nicht beseitigt ist.”

De echtgenoten hebben er zelf toe bijgedragen dat de verkeerde inschrijving werd verricht. Het kan daarbij gaan om gevallen waar het toedoen ligt bij de oorspronkelijke inschrijving. Het is ook mogelijk dat zij aan de oorspronkelijke inschrijving niets konden doen, maar het hen wel is toe te rekenen dat zij niet voor correctie hebben gezorgd. Alleen als aan deze bijkomende voorwaarden is voldaan, dan komt aan de derde een recht toe om een beroep op de objectief onjuiste inschrijving in het Güterrechtsregister te doen. In andere gevallen waar derden te maken hebben met oorspronkelijk verkeerde inschrijvingen is Gernhuber¹⁰⁶ tegen bescherming op grond van § 1412. Voor deze gevallen is de bepaling niet geschreven, en bescherming zou het rechtsverkeer te zeer ontregelen.

103 Voor de alternatieve toepassing van andere beschermingsmogelijkheden zie MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 10 bij § 1412.

104 Zo Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 490.

105 Zo MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 9 bij § 1412 met verdere verwijzingen; Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 16 EGBGB Rn 15.

106 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 491

EEN KORTE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKING

Deze discussie is bij mijn weten in Nederland op dit punt niet gevoerd¹⁰⁷ omdat eigenlijk alleen bij een inmiddels gewijzigde bestuursregeling of -opdracht,¹⁰⁸ waarbij de oude toestand nog in het huwelijksvermogensregister is te vinden, een zodanig conflict kan optreden. In dat geval zou het bijvoorbeeld kunnen voorkomen dat een derde te goeder trouw bij een overdracht van een goed erachter komt dat hij eigenlijk van een bestuursonbevoegde heeft verkregen, althans afgaand op hetgeen in het register staat, terwijl in werkelijkheid de echtgenoot door een hernieuwde wijziging in de tussentijd alweer bestuursbevoegd is geworden. Naar de werkelijke toestand zou de overdracht wel geldig zijn geweest. Kan een derde een beroep doen op de toestand zoals deze uit het register blijkt, als hij het goed liever niet wil hebben omdat hij een leuker exemplaar heeft gezien? Indien de vervreemder kan aantonen dat de inschrijving niet (meer) de juiste toestand aangeeft, dan kan de derde mijns inziens niet onder de verkrijging uitkomen. In werkelijkheid is de vervreemder bevoegd en levert hij het goed, daarmee voldoende aan de obligatoire verplichting uit de koopovereenkomst. Er is geen plaats voor ontbinding of een andere actie uit wanprestatie omdat, wellicht onverwacht, gewoon is nagekomen.

Zolang de vervreemder alleen aan de koper vertelt dat de werkelijke toestand anders is dan de situatie die in het register staat, heeft naar mijn mening de koper nog geen verplichting om aan de levering mee te werken en de koopprijs te betalen. Hij moet er immers nog steeds van uitgaan dat de verkoper niet aan zijn verplichtingen zal voldoen. Wellicht kan hij aan de verkoper een termijn stellen binnen welke deze moet bewijzen dat hij gelijk heeft. Slaagt de verkoper in dit bewijs dan kan de koper niet meer weigeren om aan de levering mee te werken zonder zich aan crediteursverzuim schuldig te maken. Lukt het de verkoper niet om zijn gelijk te bewijzen, dan mag de koper aannemen dat er geen bevoegdheid is en de verkoper niet aan zijn verplichting zal voldoen (er even van uitgaand dat de echtgenoot van de verkoper niet meewerkt). In dat geval is er wel sprake van wanprestatie aan de zijde van de verkoper en heeft de koper de wanprestatieacties tot zijn beschikking.

Indien de koper op grond van de registerinschrijving in de veronderstelling verkeert dat de verkoper onbevoegd is en daarom de overdracht van het goed niet door zal gaan, is de koper naar mijn mening wel verplicht op grond van de redelijkheid en billijkheid tussen partijen om navraag te doen bij de verkoper alvorens elders kosten te maken, bijvoorbeeld het leukere exemplaar aan te schaffen. De verkoper is dan weer binnen redelijke tijd verplicht om opheldering te geven, wil hij niet voor de eventuele schade van de koper opdraaien.

107 Voor een algemene bespreking van dit probleem zie onderdeel 3.3.

108 Deze worden in de praktijk uiterst zelden toegepast, zie onderdeel 8.2.

Als het aan de verkoper is toe te rekenen dat de inschrijving onjuist is dan lijkt het verdedigbaar dat hij ook in een geval dat de koper heeft nagelaten om nadere informatie aan de verkoper te vragen, een deel van de schade van de koper moet vergoeden. Het andere deel blijft dan mijns inziens voor rekening van de koper op grond van eigen schuld, art. 6:101.

BESCHERMING BIJ ONROERENDE ZAKEN TEN AANZIEN VAN FEITEN DIE OOK IN HET GRUNDBUCH ZIJN INGESCHREVEN

Het is mogelijk dat in het Grundbuch ten aanzien van een bepaald onroerend goed de man als eigenaar staat ingeschreven, terwijl inmiddels de man is gehuwd, waarbij partijen hebben gekozen voor Gütergemeinschaft. Zolang de inschrijving ten aanzien van het registergoed in het Grundbuch nog niet aan de nieuwe situatie is aangepast, wordt een derde te goeder trouw beschermd.¹⁰⁹ Correctie van het Grundbuch kan door echtgenoten afzonderlijk worden verzocht, waarbij de andere echtgenoot tot medewerking hieraan is verplicht, § 1416 lid 3.¹¹⁰

De *Rechtsschein* van het Grundbuch wordt door een inschrijving in het huwelijksgoederenregister niet beïnvloed. Alleen wanneer er sprake is van een derde die daadwerkelijk op de hoogte is van het feit dat de echtgenoten in gemeenschap van goederen zijn gehuwd of op de hoogte is van een desbetreffende inschrijving in het Güterrechtsregister, dan is bescherming niet aan de orde.¹¹¹ De heersende leer gaat ervan uit dat een derde grobe Fahrlässigkeit kan worden verweten als hij geen kennis neemt van de inschrijving in het huwelijksgoederenregister. De auteurs die tegen een inzageplicht van dit register zijn, zien dit natuurlijk anders,¹¹² even als Thiele, die een, sterk op het Nederlandse recht lijkende, opvatting verdedigt: volgens hem moet een derde altijd de inschrijving in het Güterrechtsregister tegen zich laten werken, ongeacht welk soort goed hij wil verkrijgen.¹¹³

Bij onroerende zaken is dit onderscheid niet relevant omdat daar ook van een beschikkingsonbevoegde ondanks grobe Fahrlässigkeit ten aanzien van het niet kennen van het huwelijksgoederenregister te goeder trouw kan worden verkregen, § 892 BGB. Daar is alleen positieve kennis in de wet als struikelblok vermeld.¹¹⁴ Thiele is daar, zoals gezegd erg kritisch over, omdat hij van mening is dat door de doorbreking van de werking van de §§ 1423-

109 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 594, noot 1.

110 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 594, § 1416 lid 3. Een vergelijkbare regeling geldt ook voor teboekgestelde schepen. Palandt/Diederichsen, Randnr. 4 bij § 1416.

111 Staudinger-Thiele § 1412 Rn 47; Henrich, Familienrecht, p. 129; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 594 noot 1.

112 Zie Staudinger-Thiele § 1412 Rn 47, die zich aansluit bij MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 22 bij § 1422, die ook een afwijkende mening verdedigt. Bij beiden vinden wij verwijzingen naar aanhangers van de heersende leer, zoals Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 491, die inzage eist voor goede trouw, hoewel hij ook toegeeft dat inzage in het algemeen niet plaatsvindt.

113 Staudinger-Thiele, § 1412 Rn 48.

114 Liessem, NJW 1989, p. 499.

1425¹¹⁵ door de bescherming van derden te goeder trouw die het Grundbuch geeft, een effectieve bescherming van de echtgenoten onmogelijk wordt gemaakt.

Praktisch maakt dit bij registergoederen minder verschil dan op het eerste oog lijkt. De goede trouw van derden die met echtgenoten contracteren heeft immers betrekking op het feit dat de echtgenoten in het wettelijk stelsel zijn gehuwd. Bij de (fictieve) Zugewinnngemeinschaft gelden dan beperkingen door toestemmingseisen, zie hoofdstuk 13. Als hier niet aan wordt voldaan dan kunnen beide echtgenoten er een beroep op doen dat de rechtshandeling niet geldig is, § 1368.

Tot slot zij opgemerkt dat botsende inschrijvingen bij Vorbehaltsgut niet voorkomen, omdat een inschrijving als Vorbehaltsgut altijd moet plaatsvinden in het huwelijksgoederenregister; het Grundbuch is daar niet geschikt voor.¹¹⁶

6.3.1 Derdenbescherming bij bevoegdheidsoverschrijdingen bij gemeinschaftliche Verwaltung

Na de algemene inleiding betreffende de functie van het Güterrechtsregister zal nu worden besproken, wat in concreto de derdenbeschermingsmogelijkheden zijn indien echtgenoten een bestuursoverschrijding plegen. Hierbij zal eerst de situatie worden besproken dat zij gemeinschaftliche Verwaltung hebben, zij het door keuze of van rechtswege; daarna komt in het volgende onderdeel de bestuursoverschrijding bij Einzelverwaltung aan de orde.

RECHTSHANDELINGEN BETREFFENDE GEMEENSCHAPSGOEDEREN

Echtgenoten kunnen alleen gezamenlijk beschikken over de goederen der gemeenschap, § 1450. Treedt een der echtgenoten in strijd met deze regel zelfstandig op, dan verwijst § 1453 lid 1 naar § 1366 leden 1,3 en 4 en § 1367. Deze bepalingen zijn eigenlijk voor rechtshandelingen van echtgenoten in Zugewinnngemeinschaft geschreven, waarbij deze echtgenoten ook gezamenlijk moeten handelen.¹¹⁷ Hier kunnen we vaststellen dat de hoofdregel bij dit soort rechtshandelingen is: de andere echtgenoot moet toestemming geven en bij gebreke daarvan kan de derde een zekere termijn stellen waarin de andere echtgenoot moet aangeven of hij alsnog toestemming geeft of niet. Besluit hij daarover negatief dan is de beschikkingshandeling ongeldig en

115 Deze bepalingen vereisen toestemming van de andere echtgenoot bij beschikkingen die het gehele Gesamtgut betreffen, bij transacties betreffende onroerend goed of schepen en bij schenkingen, die door de Verwalter worden verricht. Een nadere behandeling hiervan staat in onderdeel 15.2.

116 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 15 bij § 1418; Staudinger-Thiele § 1418 Rn 57; Liessem, NJW 1989, p. 497; Palandt/Diederichsen, Randnr. 2 bij § 1421: daar hoort ook een inschrijving omtrent de Verwaltungsbefugnis niet in thuis.

117 Deze rechtshandelingen zullen in hoofdstuk 15 uitgebreid worden besproken.

heeft de andere echtgenoot zelfstandig een actie tot terugvordering, indien ter uitvoering van de transactie reeds een levering heeft plaatsgevonden, § 1455 sub 8. Bij roerende zaken geeft § 985 aan de eigenaar het recht om van de bezitter zijn goed op te eisen.

Wordt de derde te goeder trouw hiertegen beschermd? Bij roerende zaken die tot de gemeenschap behoren en geen zaken zijn die bestemd zijn voor persoonlijk gebruik zal § 935 j° 1450 lid 1 slot hier een stokje voor steken. Beide echtgenoten hebben aan deze gemeenschapsgoederen een recht van Mitbesitz waardoor bij een bestuursoverschrijding het vervreemde goed is abhandengekomen. Dit staat, zoals in onderdeel 4.1 werd uitgewerkt, aan eigendomsverkrijging door een derde (al dan niet te goeder trouw) in de weg.¹¹⁸

Bij andere roerende gemeenschapszaken kan mijns inziens het oordeel alleen dan anders luiden als het algemene vermogensrecht hiervoor een oplossing biedt. § 932 e.v. laat verkrijging toe van roerende zaken van een onbevoegde mits er niet sprake is van kennis of onkunde veroorzaakt door grobe Fahrlässigkeit en er aan de (af)leveringsvereisten is voldaan. Ik zie geen reden waarom dit bij onbevoegdheid op grond van het huwelijksgoederenrecht anders zou zijn.¹¹⁹

Bij registergoederen gaat de derdenbescherming nog verder. Inschrijvingen in het Güterrechtsregister zijn niet relevant voor het oordeel of de verkrijger te goeder trouw is. Slechts indien een feit is ingeschreven in het Grundbuch, kan de andere echtgenoot zich op ontbrekende medewerking bij de beschikking beroepen, die op grond van § 1450 is vereist.

In de praktijk komt met deze vorm van bescherming ondanks een eventuele inschrijving nog een andere kant van de medaille aan het licht: aangezien de wederpartij wel geacht wordt op de hoogte te zijn van het huwelijk moet hij - zo hij beschermd wil worden - niet alleen daarop vertrouwen dat de handelende echtgenoot exclusief eigenaar is. Daarnaast komen nog de aan de Zugewinnngemeinschaft gekoppelde toestemmingsvereisten naar voren. Slechts indien een wederpartij heeft voldaan aan alle eisen die zouden gelden voor een verkrijging van een echtgenoot die in de Zugewinnngemeinschaft is gehuwd, dan kan sprake zijn van derdenbescherming. Bij registergoederen gaat het daarbij in concreto om § 1365, welk bepaling in hoofdstuk 13 zal worden behandeld. In het kort komt het daarop neer dat bij transacties die tegelijkertijd een groot deel van het vermogen van de vervreemder beslaan, toestemming is vereist van de andere echtgenoot. Slechts in zeer zelden voorkomende constellaties kan de derde in dit kader een geslaagd beroep doen op de goede trouw. Vaak zal immers noch aan de toestemming in het kader van het gezamenlijk bestuur, noch aan de in het geval van de hypothetische Zuge-

118 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 20 bij § 1450.

119 Palandt/Diederichsen, Randnr. 1 bij § 1453.

winningsgemeenschap geldende toestemmingseis zijn voldaan. Derdenbescherming is dan niet aan de orde.

Ook bij cessie is, zoals eerder in hoofdstuk 4 is opgemerkt, geen derdenbescherming mogelijk indien de echtgenoot-cedent onbevoegdlijk alleen optreedt. In § 1455 is sub 8) uitdrukkelijk aangegeven dat de niet-handelende echtgenoot ook zelfstandig in rechte jegens derden kan optreden als de handelende echtgenoot zonder de benodigde toestemming over een tot de gemeenschap behorend recht heeft beschikt.

RECHTSHANDELINGEN TEN AANZIEN VAN GOEDEREN UIT HET SONDERGUT

De derde moet zijn gewaarschuwd als hij met goederen te maken heeft die krachtens wetsbepaling onoverdraagbaar zijn. Per definitie behoren immers alle onoverdraagbare goederen die eigendom zijn van een der echtgenoten, tot diens Sondergut. Deze redenering gaat niet op voor goederen die door een rechtshandeling onoverdraagbaar zijn gemaakt, bijvoorbeeld vorderingen ex § 399 (voorzover men aanneemt dat zij tot het Sondergut kunnen behoren). Voor deze vorderingen geldt in het algemeen dat de onoverdraagbaarheid jegens een ieder kan worden ingeroepen, tenzij een beroep hierop in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, § 242. Dit is de heersende leer.¹²⁰ Het feit dat de vordering zich in het Sondergut van een der echtgenoten bevindt, is daarbij een bijkomend effect van de onoverdraagbaarheids-afsprake en heeft geen gevolgen die van het algemene vermogensrecht afwijken.

RECHTSHANDELINGEN TEN AANZIEN VAN GOEDEREN UIT HET VORBEHALTS-GUT

Hier geldt als uitgangspunt dat de daartoe gerechtigde echtgenoot tevens de bestuursmacht over deze goederen heeft. Dat een bepaald goed tot het Vorbehaltsgut behoort, kan alleen in het Güterrechtsregister worden ingeschreven. Dit geldt ook voor registergoederen die op deze wijze buiten de gemeenschap worden gehouden.

Bestuursoverschrijdingen zijn hier alleen denkbaar als de ‘verkeerde’ echtgenoot over zulk een goed beschikt. Indien het een roerende zaak is, dan is het van belang of de eigenaar ook unmittelbarer Besitzer is, ongeacht het feitelijk gebruik van de zaak.¹²¹ Daardoor zal § 935 (abhandenkommen) steeds de verkrijging van het eigendomsrecht door de derde voorkomen. Overigens geldt § 932 waardoor bij fahrlässige Unkenntnis niet te goeder trouw kan worden verkregen. Omstreden is of daar het niet-raadplegen van het register automatisch leidt tot grobe Fahrlässigkeit.¹²² Aangezien Vorbehaltsgut inschrijfbaar is, zal een inschrijving bij de derde waarschijnlijk de

120 Palandt/Heinrichs, Randnr. 11 bij § 399.

121 Palandt/Diederichsen, Randnr. 1 bij § 1418.

122 Voor is o.m. Staudinger-Thiele § 1412 Rn 47-49; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 611; daartegen is MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 22 bij § 1422.

goede trouw wegnemen.

Bij registergoederen staat de echtgenoot tot wiens privévermogen de zaak behoort, als exclusief eigenaar geregistreerd, waardoor geen derdenbescherming meer aan de orde is. De verkrijger hoort immers van de inhoud van het Grundbuch op de hoogte te zijn.

Kort samengevat: ik zie geen mogelijkheid voor een derde om eigenaar te worden van een goed dat tot het Vorbehaltsgut van de niet-handelende echtgenoot behoort.

6.3.2 Derdenbescherming bij bestuursoverschrijdingen bij Einzelverwaltung

DE POSITIE VAN DE VERWALTER JEGENS DERDEN

Bij echtparen waar een echtgenoot alléén bevoegd is, is deze zelfstandig bevoegd tot vervreemding van alle goederen die tot de gemeenschap behoren en van alle goederen uit zijn eigen vermogens.¹²³ Ik laat daarbij de bijzondere wettelijke bevoegdheidsbeperkingen van de §§ 1423-1425¹²⁴ buiten beschouwing.

Aangenomen wordt dat de Verwalter voor het uitoefenen van zijn taak het recht heeft om het bezit van alle goederen van de gemeenschap op te eisen voorzover dat voor de Verwaltung noodzakelijk is, § 1422 BGB.¹²⁵ Kanzleiter is kritisch over dit opvorderingsrecht van de Verwalter omdat dit eigenlijk een relict is uit vroeger tijden, toen het wettelijk stelsel nog *Verwaltung und Nutznießung des Mannes* was waarbij de man de Verwaltung alleen uitoefende.¹²⁶ Daarom zou men de tekst van de wet op dit punt niet al te ruim mogen interpreteren en het recht beperken tot die momenten waar het Besitzrecht daadwerkelijk noodzakelijk is.

Voor een aantal goederen gaat de regel van § 1422 niet op omdat een echtgenoot daarvan altijd eigen bezit heeft, bijvoorbeeld bij zelfstandige beroepsuitoefening op grond van § 1431, of omdat beide echtgenoten medebezit hebben, bijvoorbeeld ten aanzien van de gemeenschappelijke woning en de inboedel.¹²⁷

Een derde kan derhalve de goederen, die niet onder een van de uitzonderingen vallen, rechtsgeldig van de Verwalter verkrijgen.¹²⁸ Deze is immers

123 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 17, 18 bij § 1422.

124 Voor een nadere behandeling verwijs ik naar onderdeel 15.2. Het betreft vereiste toestemming van de andere echtgenoot bij Gesamtvermögensgeschäfte, transacties betreffende onroerende zaken, teboekgestelde schepen en schenkingen.

125 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 602.

126 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 11 bij § 1422.

127 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 13 bij § 1422; Staudinger-Thiele § 1422 Rn 15-17; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 602.

128 De uitzondering op grond van bijzondere beperkingen van de bevoegdheden van de Verwalter laat ik hierbij buiten beschouwing. Voor een nadere behandeling hiervan met de bijzondere gevolgen voor derden verwijs ik naar hoofdstuk 13.

onmiddellijk bezitter (de gemeenschap is volgens de heersende leer middellijk bezitter)¹²⁹ en hij kan rechtsgeldig leveren.¹³⁰

BEVOEGDHEDEN VAN DE VERWALTER BIJ REGISTERGOEDEREN

Doordat bij het begin van Gütergemeinschaft boedelmenging van rechtswege optreedt, waardoor beide echtgenoten de gebonden mede-eigendom van alle gemeenschapsgoederen krijgen, is de ongewijzigde vermelding in het Grundbuch¹³¹ onjuist geworden. De vermelding van de echtgenoot die exclusief eigenaar was blijft staan, zolang niet verbetering door een van de echtgenoten is gevorderd. Een derde te goeder trouw die uitgaat van exclusieve eigendom van de echtgenoot, zoals in het Grundbuch is vermeld, wordt beschermd door § 892.¹³²

De derde heeft behoefte aan bescherming omdat het Duitse recht voor transacties die o.a. onroerende zaken betreffen, in § 1424 toestemming van de andere echtgenoot eist zowel voor het sluiten van de obligatoire overeenkomst als ook voor de levering. Dit zal nader worden uitgewerkt in hoofdstuk 13. Het wordt hier alleen genoemd omdat anders het beeld zou ontstaan dat bij nalaten van de wijziging van de inschrijving in het Grundbuch er geen vuiltje aan de lucht zou zijn: de vroegere exclusieve eigenaar is immers bij de huwelijkssluiting Verwalter geworden en als zodanig bevoegd tot het beschikken over de onroerende zaken die deel uitmaken van het Gesamtgut. Dit is, zoals gezegd, nog geen garantie voor een succesvolle overdracht.

Als de vereiste toestemming niet is verleend, dan geldt hiervoor wel de derdenbescherming uit het algemene vermogensrecht, zodat de derde voor bescherming in aanmerking kan komen indien hij denkt dat de vervreemder optreedt als exclusief eigenaar en hij niet weet dat deze in werkelijkheid in Gütergemeinschaft is gehuwd, aldus Diederichsen.¹³³ Hiervoor lijkt mij wederom de inschrijving in het huwelijksgoederenregister van doorslaggevend belang te zijn. Heeft de inschrijving plaatsgevonden dan zal de kennis verondersteld worden. Het gaat hier immers niet om bescherming in het kader van § 892 (waarbij inschrijvingen in het Güterrechtsregister irrelevant zijn)¹³⁴ maar om bescherming tegen ontbrekende toestemming ex § 1424.

129 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 14 bij § 1422.

130 Een uitzondering kan alleen gelden op grond van § 1423 indien de rechtshandeling het hele Gesamtgut betreft maar dit zal bij beschikkingen louter over roerende zaken zelden voorkomen. Zie voor de behandeling van deze bepaling hoofdstuk 15.

131 De andere registergoederen, de schepen die in het Schiffs(bau)register kunnen worden ingeschreven, laat ik in het vervolg buiten beschouwing.

132 Voor deze twee gevallen zie Baur/Stürner, Sachenrecht, p. 223. Deze problematiek wordt nader uitgewerkt in onderdeel 6.3. Zoals reeds vermeld doet eventuele inschrijving in het Güterrechtsregister niet af aan de bescherming van de goede trouw van het Grundbuch. Daar werkt alleen subjectieve kennis van de feiten belemmerend op de derdenbescherming.

133 Palandt/Diederichsen, Randnr. 5 bij § 1422.

134 Heersende leer, zie MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 22 bij § 1422; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 611.

Heeft de inschrijving in het Güterrechtsregister niet plaatsgevonden, dan kan de derde ervan uitgaan dat zijn wederpartij in het wettelijke stelsel is gehuwd. In dat geval zou hij alleen gehinderd kunnen worden door de hypothetische werking van § 1365 (toestemming bij Verfügungen über das Vermögen im ganzen, zie hoofdstuk 13). Het probleem hierbij is dat tegen ontbrekende toestemming nauwelijks bescherming mogelijk is. Daarmee wordt de transactie ongeldig als het inderdaad gaat om een beschikking over het leeuwendeel van het vermogen van de handelende echtgenoot zou gaan, als hij in Zugewinngemeinschaft zou zijn gehuwd, § 1368.¹³⁵

DE POSITIE VAN DE ECHTGENOOT VAN DE VERWALTER JEGENS DERDEN

De echtgenoot van de Verwalter is niet beperkt in zijn mogelijkheden om obligatoire overeenkomsten (Verpflichtungsgeschäfte) te sluiten, maar hij bindt daarmee alleen zichzelf (waardoor alleen verhaal mogelijk is op zijn privé-goederen) ook al betreft de overeenkomst een goed dat behoort tot de gemeenschap.¹³⁶

De andere echtgenoot heeft het bezit van zijn Vorbehalts- en Sondergut en kan hiertoe behorende goederen rechtsgeldig vervreemden.¹³⁷ Ten aanzien van gemeenschapsgoederen is de niet-Verwalter beschikkingsonbevoegd. In principe worden beschikkingshandelingen met betrekking tot gemeenschapsgoederen zonder toestemming van de Verwalter, § 1430, net zo behandeld als wanneer de oorzaak van de beschikkingsonbevoegdheid buiten het huwelijksvermogensrecht had gelegen. Het komt er dus op aan, of de derde mocht menen dat de onbevoegde echtgenoot de Verwalter was van de goederen of de exclusieve eigenaar, waarbij in het kader van de derdenbescherming op grond van § 934 weer de vraag rijst naar de functie van de inschrijving in het huwelijksgoederenregister.

Vaak zal bij roerende zaken de verkrijging al stranden op de eis dat de zaak aan de bevoegde echtgenoot niet abhanden mag zijn gekomen, § 935. Indien de andere echtgenoot (mede)bezit had (en dat zal van veel goederen moeten worden aangenomen, zeker voor zover deze tot de gemeenschappelijke huishouding behoren) dan kan de derde al om die reden geen eigenaar worden, zie hiervoor.¹³⁸

Als de beschikking om niet heeft plaatsgevonden, dan is de derde verplicht het goed weer terug te geven, ook al zou hij te goeder trouw zijn in de zin van § 1412, § 816 lid 1.¹³⁹

135 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 157.

136 Voor de uitwerking van de verhaalsmogelijkheden zie onderdeel 15.3.2.

137 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 6 bij § 1417 en Randnr. 12 bij § 1418. Hij kan ook nog een aantal specifieke rechtshandelingen zonder toestemming verrichten, zoals het al dan niet aannemen van een erfenis, legaat of legitieme portie, het verwerpen van een aanbod of een schenking. Zie verder hierover Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 158.

138 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 12 bij § 1422.

139 Dörr, NJW 1989, p. 1963 met beroep op BGH 2 oktober 1981, BGHZ 81, p. 395.

Bij onroerende zaken staat de Grundbuchbescherming weer voorop: als hij in het Grundbuch als exclusief eigenaar staat vermeld, dan mag een derde, die niet op de hoogte is van het feit dat echtgenoten in de gemeenschap van goederen zijn gehuwd, op die inschrijving afgaan, § 892, waarbij hij zich, zoals gezegd, van de inschrijving in het huwelijksgoederenregister niets hoeft aan te trekken, zolang hij ervan onkundig is.

Als hij van mening is dat de echtgenoot Alleinverwalter is, dan wordt deze aanname niet automatisch volgens de regels van § 1412 beschermd omdat § 1424 dan zijn invloed doet gelden. De bescherming van derden tegen de werking van deze bepaling is minder ruim, zoals in hoofdstuk 13 nog uitgebreid aan de orde zal komen.¹⁴⁰

ENKELE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKINGEN

Wat vooral opvalt is, zoals gezegd, de opmerkelijke bevoegdheidsregeling bij de Duitse gemeenschap van goederen. Deze is een duidelijk bewijs voor de stelling dat gemeenschappelijk bestuur niet ideaal is. Daarnaast wordt bijna pijnlijk duidelijk dat de Einzelverwaltung niet meer in de huidige tijd past en met allerlei kunst- en vliegwerk moet worden gered.

Daarbij valt de bijzondere status van de Duitse registers op: het Grundbuch heeft een zeer dominante positie waarbij het Güterrechtsregister duidelijk in de schaduw staat. Voor de goede-trouw-toets heeft dit tot opmerkelijk gevolg, dat, ook al heeft inschrijving in het Güterrechtsregister plaatsgevonden, derden die het register niet hebben ingezien en subjectief te goeder trouw zijn toch worden beschermd. Dit gaat een beetje in de richting van de opvatting van enkele Nederlandse auteurs, met name Van der Burght. In het Duitse recht wordt dit bij roerende zaken weer beperkt door de regel dat goederen die zijn abhandengekomen niet eigendom van een derde kunnen worden. Gezien de verhoudingen binnen het huwelijk zal dit waarschijnlijk vaak het geval zijn, waardoor het verschil in benadering vermoedelijk in niet al te veel casusposities tot andere uitkomsten zal leiden.

Bijzonder is ook de redenering die in het Duitse recht wordt gebruikt bij verkrijgingen door derden die niets wisten van de Gütergemeinschaft. Omdat zij dan wel gebonden zijn aan de beperkingen van de hypothetisch werkende Zugewinnngemeinschaft, zal desondanks een verkrijging van registergoederen vaak onmogelijk zijn ex § 1365. Op deze wijze werkt de bestuursonbevoegdheid die op zichzelf de verkrijging niet zou blokkeren, toch door in de sfeer van de toestemmingsvereisten die invloed hebben op de geldigheid van de transactie.

140 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 23 en 24 bij § 1422; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 611-612.

Duits intern recht: de positie van derden, indien echtgenoten vóór de huwelijksluiting in een Ehevertrag het stelsel van Gütertrennung hebben gekozen, § 1414 BGB

Het andere keuzestelsel in het Duitse huwelijksgoederenrecht is de Gütertrennung. Echtgenoten kunnen haar in een Ehevertrag kiezen.¹ Dit is met name gebruikelijk bij echtgenoten die werkzaam zijn in het midden- en kleinbedrijf.²

Dit regime is daarnaast geconstrueerd als een soort vangnet: Gütertrennung ontstaat steeds dan wanneer er een wijziging in het huwelijksgoederenregime plaats vindt zonder dat expliciet voor een ander stelsel wordt gekozen.³ Zij zal ook ontstaan wanneer de echtgenoten de verrekening in het kader van de Zugewinn- of de Versorgungsausgleich uitsluiten, § 1414.⁴ In het geval dat de Zugewinnausgleich wordt ‘wegbedongen’, vervallen ook de bevoegdheidsbeperkingen die bij de Zugewinnngemeinschaft horen, omdat zij de latere verrekening moeten waarborgen.⁵ Mijns inziens terecht wordt in de literatuur opgemerkt dat uitsluiting van de Versorgungsausgleich niet automatisch tot gevolg zou mogen hebben dat de Zugewinnngemeinschaft wordt uitgesloten.⁶ Echtgenoten die dit ook niet willen, kunnen in de Ehevertrag de Zugewinnngemeinschaft expliciet als toepasselijk regime aanwijzen.⁷ Voor de gevolgen van het intreden van Gütertrennung tijdens het huwelijk zie onderdeel 9.1.1.

Als uit hoofde van een van de genoemde gronden de scheiding van goederen is opgetreden dan bestaat goederenrechtelijk geen verschil met de

1 In Duitsland wordt in minder dan 10% van de huwelijken huwelijkse voorwaarden gemaakt, en daarvan wordt in ruim 90% Gütertrennung overeengekomen; zie Schwenzer, AcP 196 (1996), p. 91.

2 Langenfeld, Handbuch, Randnr. 410.

3 Staudinger-Thiele Vorbem zu § 1414 Rz 7 e.v.; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 149 e.v. Langenfeld, Handbuch, Randnr. 409, adviseert voor de notariële praktijk, dat in een Ehevertrag altijd duidelijk wordt aangegeven, welk stelsel echtgenoten willen kiezen.

4 Henrich, Familienrecht, p. 125-126. Voor een volledige opsomming van alle mogelijkheden zie Staudinger-Thiele Vorbem 4-12 zu § 1414; § 1414 Rz 2 e.v.

5 Henrich, Familienrecht, p. 126. Zie onderdeel 13.1.

6 Staudinger-Eichenhofer § 1414 Rn 10-11, waarschuwt voor deze regel. Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 479 en 644 nemen dan ook aan dat het mogelijk moet zijn om wel de Zugewinnausgleich af te schaffen maar de toestemmingsvereisten in stand te laten.

7 Henrich, Familienrecht, p. 126; Staudinger-Eichenhofer § 1414 Rn 11; BGB-RGRK-Finke Anm. 14 bij § 1414; Diederichsen, NJW 1977, p. 223.

Zugewinnngemeinschaft die in wezen een scheiding van goederen inhoudt met een verbintenissenrechtelijke afrekening aan het einde van het huwelijk. Voor de beschikkingsbevoegdheid van echtgenoten die in het stelsel van Gütertrennung zijn getrouwd, verwijs ik derhalve naar hetgeen over hun bevoegdheid bij de Zugewinnngemeinschaft wordt gezegd.

De Gütertrennung kan wel in het Güterrechtsregister worden ingeschreven maar niet in het Grundbuch.⁸ Dit is, gezien de geringe inzagefrequentie van het Güterrechtsregister, geen oplossing die de publiciteit van dit regime bevordert. Anderzijds lijkt het mij geen grote ramp omdat echtgenoten die vanaf de huwelijkssluiting in Gütertrennung gehuwd zijn, geen bijzondere goederenrechtelijke problemen voor derden opleveren, mede omdat ook geen bevoegdheidsbeperkingen van kracht zijn.⁹

Daartegen gelden natuurlijk wel de algemene bepalingen die op alle echtgenoten van toepassing zijn, zoals onder andere de regels omtrent de zogenaamde Schlüsselgewalt (§ 1357) en de overeenkomst betreffende de overdracht van het beheer over het vermogen (§ 1413). Het is niet mogelijk om in een Ehevertrag de geldigheid van een rechtshandeling aan de toestemming van de andere echtgenoot te verbinden in gevallen waarin de wet daarin niet voorziet.¹⁰ In hoofdstuk 15 zullen de toestemmingsvereisten bij de Zugewinnngemeinschaft en de Gütergemeinschaft worden behandeld.

8 Staudinger-Thiele Vorbem. 23-24 zu § 1414

9 BGB-RGRK-Finke Anm. 8 bij § 1414 en Anm. 4-6 bij § 1412 met een beroep op BGH 14 april 1976, BGHZ 66, p. 203; NJW 1976, p. 1258 en 1741; FamRZ 1976, p. 443-444. Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 150.

10 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 479

Veranderingen in het huwelijksvermogensregime of in de be-
stuursverdeling staande huwelijk

Veranderingen in het huwelijksvermogensregime of in de bestuursverdeling naar Nederlands intern recht

In het Nederlandse recht kunnen echtgenoten staande huwelijk verandering brengen in het tussen hen geldende huwelijksvermogensregime. Een vaak gebruikte methode is het maken van huwelijkse voorwaarden. De gevolgen daarvan voor derden komen aan de orde in onderdeel 8.1. Indien echtgenoten in de wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd kunnen zij ook de opheffing van de gemeenschap bij vonnis vorderen, hetgeen besproken zal worden in onderdeel 8.2. In onderdeel 8.3 wordt de positie van derden behandeld die worden geconfronteerd met een wijziging in de bestuursregeling sec. In onderdeel 8.4 tenslotte komen enkele bijzonderheden bij hertrouwende echtgenoten aan de orde.

8.1 Veranderingen in het huwelijksvermogensregime door huwelijksvoorwaarden staande huwelijk

Zoals wij al in hoofdstuk 5 hebben gezien kan het voorkomen dat derden worden geconfronteerd met een verandering in de vermogensrechtelijke verhoudingen van de echtgenoot-wederpartij die wordt veroorzaakt door het jegens derden in werking treden van huwelijkse voorwaarden. In hoofdstuk 5 zijn veranderingen aan de orde geweest, die met de huwelijkssluiting in werking treden. Het was mogelijk dat, omdat nog niet aan alle formele vereisten was voldaan ten tijde van de huwelijkssluiting, de huwelijkse voorwaarden hun volledige externe effect nog niet gelijk bij de huwelijkssluiting konden sorteren. In dit onderdeel zullen de gevolgen worden besproken van veranderingen van het huwelijksvermogensregime door huwelijkse voorwaarden staande huwelijk, waarbij de verschillende constellaties apart worden behandeld. Net als in hoofdstuk 5 laat ik de bijzonderheden bij een faillissement van de echtgenoten hierbij buiten beschouwing.

Een van de meest in het oog springende verschillen met de in hoofdstuk 5 behandelde gevallen bestaat daarin, dat altijd een rechterlijke goedkeuring wordt vereist voordat een regimewijziging door huwelijkse voorwaarden kan

worden gerealiseerd, art. 119 BW.¹ De concept-akte wordt aan de rechtbank ter goedkeuring voorgelegd, waarbij de rechter toetst of er een redelijke grond is voor de verandering en of de schuldeisers niet worden benadeeld, art. 119 lid 1 en 3.² Wat de rechterlijke toetsing van de crediteursbelangen bij veranderingen van het regime inhoudt, zal in hoofdstuk 14 aan de orde komen, aangezien daar de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers worden besproken.

Nadat de goedkeuring is verleend, wordt de akte van huwelijkse voorwaarden verleden. Meestal zal daarmee de werking van de overeenkomst aanvangen, waarbij moet worden onderscheiden tussen werking tussen de echtgenoten en werking jegens derden. Vanaf de dag na het verlijden van de akte geldt zij in beginsel tussen de echtgenoten en jegens derden die op de hoogte zijn van de inhoud van de afspraken, art. 120 lid 1.³ Jegens onkundige derden kunnen de huwelijkse voorwaarden pas na 14 dagen na inschrijving in het huwelijksgoederenregister worden ingeroepen, art. 120 lid 2. Mocht de rechter verdere publicaties in kranten of de Staatscourant hebben gelast, dan werken de huwelijkse voorwaarden jegens de laatstgenoemden niet voordat aan de publicatievereisten is voldaan, art. 120 lid 3.⁴

Ontbreekt de rechterlijke goedkeuring, dan zijn de huwelijkse voorwaarden zowel intern als extern nietig, aldus de Hoge Raad in 1986.⁵ Nietigheid die werd uitgesproken in de context van een echtpaar dat wilde hertrouwen, geldt mijns inziens net zo wanneer het een standaard-geval betreft van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk. De ratio van bescherming van zowel derden tegen de handelingen van de echtgenoten, als van de echtgenoten tegen zichzelf en elkaar geldt in gelijke mate voor personen die voor het eerst met elkaar zijn getrouwd en staande huwelijk huwelijkse voorwaarden maken, en degenen die voor een tweede keer met elkaar willen huwen. De Hoge Raad heeft de absolute nietigheid bevestigd in een arrest uit 1992.⁶ In dit geval werd goedkeuring geweigerd wegens benadeling van schuldeisers. Echtelieden probeerden een schuld bij de Bedrijfsvereniging, die was ontstaan door de man, en die bij voortduren van hun eerste huwelijk in de gemeenschap zou

1 Zie voor de geschiedenis van deze bepaling Asser-Moltmaker nrs. 395 e.v. Staande huwelijk kunnen huwelijkse voorwaarden pas worden gemaakt sinds de Lex Van Oven. Konijn/Ricksen-van Gerven, WPNR 5574 (1981).

2 Voor details zie Asser-Moltmaker nr. 400 e.v.; Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 281 e.v. Verstappen geeft in een noot onder Hof Arnhem, 28 april 1992, FJR 1992, p. 188 e.v., een opsomming van 'goede gronden' en gronden die dit predikaat niet verdienen. Zie ook Luijten, Personen- en familierecht II, p. 126 e.v. Zie hoofdstuk 14 voor de vraag of de rechterlijke goedkeuring niet beter afgeschaft kan worden.

3 Zie Asser-Moltmaker nr. 409.

4 Indien een echtgenoot eigenaar is van een onderneming, en hij in zijn huwelijkse voorwaarden afwijkt van de wettelijke gemeenschap van goederen, dan worden de afwijkende bepalingen ook in het Handelsregister vermeld, art. 5 lid 2 Handelsregisterwet. Asser-Moltmaker nr. 430.

5 HR 2 mei 1986, NJ 1987 353 mnt. EAAL.

6 HR 15 mei 1992, NJ 1993 486 mnt. EAAL, besproken door Kleijn in JBN september 1992, nr. 108.

zijn gevallen, via huwelijkse voorwaarden niet in de gemeenschap in het tweede huwelijk te laten vallen, omdat zij niet wilden dat deze via loonbeslag op het inkomen van de vrouw zou kunnen worden verhaald. De Hoge Raad was het met de lagere rechters eens dat dit niet mogelijk was.

8.1.1 De levering vindt plaats nadat de akte van huwelijkse voorwaarden wordt opgemaakt maar voor de inschrijving ervan in het huwelijksgoederenregister

In dat geval geldt het regime dat in de akte is overeengekomen reeds op de dag na het verlijden van de akte tussen de echtgenoten. Het geldt vanaf dat moment ook jegens derden die ervan op de hoogte zijn, art. 1:120 lid 1. Waarvan moeten derden op de hoogte zijn om niet als te goeder trouw te gelden? Het lijkt mij beslissend dat derden kennis hebben van de voor hen relevante onderdelen van de overeenkomst van huwelijksvoorwaarden. Het lijkt mij onvoldoende dat er kennis is, dát er huwelijksvoorwaarden zijn, anderzijds hoeven derden ook niet alle details te kennen om de inhoud van delen van de overeenkomst tegen zich te laten werken. Van der Burght⁷ zegt dat derden kennis moeten hebben

“van de inhoud van de bepalingen van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden(.)”

Dit lijkt mij iets te ruim geformuleerd. Waardoor kan bij de overgang van het ene naar een ander regime een verandering in de bestuursverdeling optreden? Men kan daarbij aan twee varianten denken.

OVERGANG VAN WETTELIJKE GEMEENSCHAP NAAR UITSLUITING VAN GEMEENSCHAP

Ten eerste de overgang van de gemeenschap naar een stelsel van uitsluiting van gemeenschap. Daarbij eindigt de bestuursregeling van art. 1:97 en treedt de bestuursregeling van gezamenlijk bestuur in werking, art. 3:189 j° 170. Het gevolg daarvan kan zijn dat een echtgenoot die een gemeenschapsgoed heeft verkocht aan een derde, het goed na het opmaken van de huwelijkse voorwaarden, waardoor de gemeenschap wordt beëindigd, niet meer zelfstandig kan leveren. Als de derde *op de hoogte is* van de overgang dan lijkt het mij mogelijk om de bestuursonbevoegdheid aan de derde tegen te werpen. De levering door de handelende echtgenoot is een bestuursoverschrijding. In het verlengde van het betoogde in onderdeel 5.1.1 lijkt mij ook hier geen plaats te zijn voor bescherming van de goede trouw in art. 1:92. De derde heeft kennis van de feiten die tot de overgang van gezamenlijk bestuur leiden. Dat strekt zich daarna over alle nog niet verdeelde gemeenschapsgoederen uit en er kan geen sprake zijn van onduidelijkheid van de bestuursmacht, die veroorzaakt is van het samenleven in een huishouden. Het feit dat art. 1:92 niet tot het

7 Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 314.

aannemen van goede trouw leidt, leidt verder tot de conclusie dat de derde in dit geval niet voor bescherming in aanmerking komt, omdat hij bij alle goede trouw-toetsen niet voldoet aan de eisen.

Is de derde daarentegen *niet op de hoogte* van de verandering van regime dan kan hij in beginsel wel aanspraak maken op derdenbeschermingsmaatregelen, omdat hij te goeder trouw is.

Is dit anders indien het de bestuursmacht over een registergoed betreft? Het lijkt mij niet dat het einde van de gemeenschap van goederen primair een feit is dat in het onroerendgoedregister thuis hoort. Het is, zoals is af te leiden uit art. 3:24, een inschrijfbaar feit in het huwelijksgoederenregister, dat daarna overeenkomstig de regels van titel 1.8 automatisch kennis veronderstelt, hetgeen doorwerkt in het kader van het onroerendgoedregister.

Ten aanzien van andere beschikkingshandelingen zal zich een fenomeen voordoen dat lijkt op het besprokene in onderdeel 5.4 (bestuursbevoegdheid bij echtgenoten die buiten de gemeenschap zijn gehuwd). In het onderhavige geval hebben de echtgenoten cumulatief bestuur op grond van art. 3:189 j° 170. Ten aanzien van de gemeenschappelijke goederen geeft art. 169 een gebruiksregeling. Het is nu weer de vraag of deze voorgaat boven die van art. 1:90. Art. 3:189 verklaart immers afdeling 3.7.1 (voorzover afdeling 3.7.2 geen afwijkende regel geeft) expliciet van toepassing op de ontbonden huwelijksgemeenschap, waarbij het aspect van de feitelijke terbeschikkingstelling in deze bepalingen ongeregeld blijft. Dit valt mijns inziens niet onder de bevoegdheden die de art. 3:169 en 170 regelen. Het lijkt mij dat ook hier weer de regel van art. 1:90 lid 2 blijft gelden, omdat het niet voor de hand ligt dat echtgenoten een gebruiksregeling opstellen, zoals art. 3:169 mogelijk maakt. Deze bepaling is niet voor de huwelijkswerkelijkheid geschreven.

Concluderend merk ik derhalve op dat mijns inziens ook bij de overgang van een gemeenschap naar een stelsel van scheiding van goederen de bestuursverdeling uit de afdelingen 3.7.1 en 3.7.2 niet uitputtend is. Art. 1:90 lid 2 speelt hier ook nog een rol, met name ten aanzien van de vraag wie een dergelijk goed feitelijk ter beschikking mag stellen aan een derde ter uitvoering van een overeenkomst die tot afgifte verplicht.

OVERGANG VAN UITSLUITING VAN GEMEENSCHAP NAAR DE WETTELIJKE GEMEENSCHAP

Bij de omgekeerde overgang zullen minder bestuursproblemen optreden. In de regel zal degene bestuursmacht hebben na de overgang, die daarvoor ook al bestuursbevoegd was. De enige uitzondering zou kunnen zijn dat een goed dat voor de overgang al bij een bedrijfsvoering betrokken was door de niet-bestuursbevoegde, na de overgang onder de bepaling van art. 1:97 lid 2 valt. Daarmee verandert de bestuursverdeling ingrijpend: eerst was alleen de eigenaar bestuursbevoegd. Buiten gemeenschap is immers irrelevant wie van

partijen de goederen gebruikt. De bedrijfsuitoefening wordt pas van belang op het moment van de overgang, omdat erna de bedrijfsvoerende echtgenoot voor de bedrijfshandelingen bevoegd wordt, en beiden voor de overige handelingen. Dit wijkt duidelijk af van de daarvoor bestaande situatie. Heeft bijvoorbeeld de bestuursbevoegde echtgenoot voor de overgang een koopoptie op een bedrijfsgoed verleend, dan is hij na de overgang niet meer alleen bevoegd om de leveringsverplichting na te komen, omdat de vervreemding van een art. 1:97 lid 2-goed alleen gezamenlijk kan geschieden. Ook hier zal, ongeacht de aard van het goed, mijns inziens geen ruimte zijn voor bescherming van een derde die van de overgang op de hoogte is, maar zal bescherming wel verleend kunnen worden voor derden die van de overgang onkundig waren. Art. 1:92 is van toepassing op de roerende bedrijfsgoederen, voorzover dit feitelijk tot een van de bestuursverdeling afwijkend vermoeden aanleiding kan geven, zie onderdeel 5.3.

Echtgenoten hoeven mijns inziens niet de door de overgang naar de gemeenschap optredende bestuurswisseling in het onroerendgoedregister in te schrijven, analoog aan de situatie dat de bestuurswisseling optreedt tijdens het bestaan van de wettelijke gemeenschap.⁸

8.1.2 De levering vindt plaats binnen twee weken na de inschrijving van de huwelijkse voorwaarden

Anders dan bij voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden heeft de wetgever ervoor gekozen dat de werking van de registratie van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk niet direct begint bij de inschrijving; in art. 120 lid 2 is een overgangstermijn van 14 dagen gecreëerd. De ratio ervan is dat derden niet voortdurend recherches moeten plegen om er zeker van te zijn, dat er niet ineens onbekende huwelijkse voorwaarden aan hen worden tegengeworpen.⁹ Is de derde in de genoemde termijn niet op de hoogte van de inhoud van de huwelijkse voorwaarden, dan is zijn positie dezelfde als in het vorige onderdeel: het maakt voor hem geen verschil dat de inschrijving al had plaatsgevonden. Slechts als hij weet van de huwelijkse voorwaarden, dan kunnen deze aan hem worden tegengeworpen.¹⁰

8 In onderdeel 5.3 heb ik dit probleem reeds behandeld. Inschrijving in een register is niet noodzakelijk om de werking van deze vorm van bestuurswisseling aan te nemen. Of inschrijving in het onroerendgoedregister mogelijk is, is ook omstreken in de literatuur. Gezien het feit dat rechtshandelingen kunnen worden ingeschreven en de bestuurswisseling reeds kan intreden door een combinatie van feitelijke handelingen door de ene echtgenoot en een gedogen van de andere echtgenoot, lijkt het mij problematisch om een inschrijvingsplicht aan te nemen.

9 PG Invoeringswet 1969 Boek 1, p. 1226-1227 en 1165.

10 Zie onderdeel 5.1.1 over de 'automatische' werking van de inschrijving in het huwelijksgoederenregister.

8.1.3 De levering vindt plaats na twee weken na de inschrijving van de huwelijkse voorwaarden in het huwelijksgoederenregister

De heersende leer gaat er hier van uit dat derden in dit geval wel op de hoogte zijn van de inhoud van de ingeschreven huwelijkse voorwaarden, ongeacht of zij daadwerkelijk kennis van de inhoud bezitten.¹¹ Ook op dit punt is de discussie gevoerd over de ‘automatische werking’ van het huwelijksgoederenregister¹² maar blijf ik bij de heersende leer die objectieve werking van de inschrijving aanneemt, en geen onderscheid maakt naar de subjectieve kennis die bij derden aanwezig is.

Is de inschrijving reeds meer dan 14 dagen voor de levering geschied, dan sluit dit elke goede trouw-bescherming voor de derde uit.¹³ Hij zal de bestuursonbevoegdheid die door de overgang wordt veroorzaakt, tegen zich moeten laten gelden.

8.2 Opheffing van de gemeenschap bij beschikking, art. 109 BW

Anders dan bij de verandering van regime bij huwelijkse voorwaarden wordt hier de een rechterlijke beschikking gegeven, omdat een echtgenoot ernstig tekortschiet in het omgaan met gemeenschapsgoederen of ander ongunstig gedrag vertoont, zoals genoemd in art. 1:109. In dat geval kan de andere echtgenoot¹⁴ de opheffing van de gemeenschap verzoeken. Het verzoek hier toe moet worden openbaar gemaakt in een of meer door de president aangewezen dagbladen en worden ingeschreven in het huwelijksgoederenregister, art. 1:110. Een uittreksel van de beschikking waarin de opheffing wordt uitgesproken, moet worden gepubliceerd in de Staatscourant. In de beschikking worden een of meer dagbladen aangewezen waarin zij moet worden gepubliceerd. In art. 1:112 BW wordt daarnaast nog inschrijving in het huwelijksgoederenregister geëist als de beschikking kracht van gewijsde heeft gekregen, om haar ook jegens onkundige derden¹⁵ te kunnen invoeren. Dit is ook nodig omdat, indien de opheffing wordt uitgesproken, er met terugwerkende kracht tot het instellen van het verzoek sprake is van een ontbonden gemeenschap, waarvoor de bestuursregeling van art. 1:97 niet meer geldt. Zij

11 Klaassen-Eggens-Luijten, p. 224; Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 3144 e.v., hoewel hij er zelf een andere opvatting op na houdt.

12 Zie voor een behandeling van de standpunten onderdeel 5.1.1.

13 Dit geldt tenzij de rechter ook nog publicatie in dagbladen en de Staatscourant heeft gelast. Dan begint de termijn dat de derde op de hoogte wordt gebracht van de huwelijkse voorwaarden pas nadat ook de publicatie is geschied, art. 1:120 lid 3. In het vervolg laat ik dit buiten beschouwing.

14 Vroeger was dit middel bestemd om als wapen van de vrouw tegen de overheersing van de man op huwelijksvermogensrechtelijk gebied te dienen. Sinds de Lex Van Oven kan ook de man de opheffing van de gemeenschap vorderen. Zie Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 279 e.v.; Luijten, Personen- en familierecht II, p. 69.

15 Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 281.

is vanaf dat moment vervangen door het gemeenschappelijk bestuur van titel 3.7.

PUBLICATIE-OVERKILL?

Het valt op dat bij dit middel veel meer publicatie-eisen en -wijzen bestaan dan bij de overgang van een regime naar een ander. Ook bij de wijziging van het familieprocesrecht in 1995 is dit stelsel gehandhaafd.¹⁶ Ik sta met Croes¹⁷ nogal sceptisch tegenover de lawine van verplichte publicaties. Vooral de uitzonderlijke eis van publicatie in de Staatscourant is in het huwelijksvermogensrecht een vreemde eend in de bijt. Croes interpreteert dit als een soort sluikreclame voor de Staatscourant: als je echt op de hoogte van de feiten wilt blijven, moet je de Staatscourant lezen.¹⁸ Ik kan mij voorstellen dat de wetgever een centrale publicatieplaats wilde creëren. Het lijkt mij praktischer om het door mij aangeraden Centrale Huwelijksvermogensregister als zodanig aan te wijzen, omdat dit de plaats is waar (potentiële) crediteuren gaan kijken als zij iets willen weten over het huwelijksvermogensregime van echtgenoten. Ook onder de huidige wetgeving lijkt het mij dubbelop om publicatie in de Staatscourant te eisen, omdat derden toch nog verplicht zijn het huwelijksgoederenregister te raadplegen. Als zij dat nalaten dan kunnen alle daar ingeschreven feiten tegen hen kunnen worden ingeroepen. De afwezigheid van een vermelding in de Staatscourant geeft immers geen zekerheid dat partijen in gemeenschap van goederen zijn gehuwd; in tegendeel: in veel meer huwelijken wordt de wettelijke gemeenschap door huwelijksvoorwaarden of een echtscheiding beëindigd dan door een opheffingsbeschikking.¹⁹

Men kan zich derhalve afvragen waarom de wetgever een veel zwaardere publicatie-procedure heeft ingesteld bij opheffing van de gemeenschap bij beschikking dan bij een gezamenlijk besluit om via huwelijksvoorwaarden een einde aan de gemeenschap van goederen te maken. Aan de ene kant is het wellicht begrijpelijk dat de rechter de mogelijkheid heeft om publicatie van het verzoek tot goedkeuring van huwelijksvoorwaarden in dagbladen te eisen, art. 1:119 lid 2, omdat een dergelijke publicatie (iets) meer kans maakt om door crediteuren van een echtpaar gelezen te worden dan de Staatscourant. Het is belangrijk dat dezen worden opgespoord, omdat de rechter er dan

16 Vroeger stonden de publicatie-eisen in de art. 807-812 Rv. In art. 1:112 stond alleen de verplichting tot inschrijving in het huwelijksgoederenregister. De Jong, diss., p. 30, en Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 281, wijzen op de vele complicaties die de oude regeling met zich mee kon brengen, maar dit geldt evenzo voor de huidige regeling.

17 WPNR 5325 (1975).

18 Croes, WPNR 5325 (1975), p. 794. Zie ook het onderzoek van Vink, *Intermediair* 1992, nummer 48, p. 17.

19 Croes, WPNR 5325 (1975) wijst erop dat het wonderlijk is dat publicatie van de eis wel in dagbladen moet staan, terwijl het vonnis daar niet altijd moet worden gepubliceerd. Ook komen de eisen ten aanzien van inschrijving in het Handelsregister niet overeen.

zorg voor kan dragen dat zij niet worden benadeeld door de beoogde wijziging van het huwelijksvermogensregime. Aan de andere kant vraag ik mij af hoeveel mensen dagelijks die kleine mededelingen lezen. Croes noemt de kans om een eenmalige publicatie in een krant op te merken, een 'toevalstreffer'. De effectiviteit is dus op z'n minst omstreden.

Zoals uit deze beschrijving blijkt vindt de wetgever het erg belangrijk om derden via allerlei wegen op de hoogte te brengen van de opheffing van de gemeenschap.²⁰ De reden hiervan ligt vooral op het terrein van de verhaalsmogelijkheden die schuldeisers van de zich misdragende echtgenoot hebben. Deze zullen in hoofdstuk 14 aan de orde komen.

DE POSITIE VAN DERDEN

Voor derden, die tijdens het proces een goed van een der echtgenoten verkrijgen geldt, dat zij van een onbevoegde hebben verkregen (mits het verzoek wordt toegewezen), omdat de beschikking terugwerkt, art. 1:111.²¹ Het is nu de vraag of zij deze onbevoegdheid tegen zich moeten laten werken. Daarop zijn twee antwoorden mogelijk. Ten eerste zou men kunnen betogen dat een feit dat in het huwelijksgoederenregister is ingeschreven ook aan derden kan worden tegengeworpen die daar subjectief geen kennis van hebben. Dit zou betekenen dat een derde die de advertenties in de dagbladen en de Staatscourant niet de indiening van het verzoekschrift heeft gezien, nog verschoonbaar onkundig kan zijn. Maar het indienen van het verzoekschrift moet ook in het huwelijksgoederenregister worden ingeschreven, art. 110. Het lijkt mij dat hierdoor, analoog aan de regeling van art. 3:17 lid 1 sub f), de goede trouw van de derde wordt aangetast. Het lijkt mij dan niet redelijk dat hij zich tot de publicatie van de in kracht van gewijsde gegane beschikking ex art. 112 zou kunnen beroepen op verschoonbare onkunde. Deze uitleg wordt versterkt door de bepaling dat de opheffing van de gemeenschap terugwerkende kracht heeft indien zij wordt toegewezen, en is ook in overeenstemming met de vrij bijzondere inschrijving van het indienen van een verzoekschrift.

Daar tegenover staat, dat de bepaling van art. 112 aangeeft dat de opheffing van de gemeenschap alleen dan aan onkundige derden kan worden tegengeworpen als de beschikking, naast in de Staatscourant en dagbladen te zijn gepubliceerd, ook in het huwelijksgoederenregister is ingeschreven. Dit lijkt erop dat, ondanks de eerdere inschrijving in dit register, derden die subjectief niet op de hoogte waren van de lopende procedure, te goeder trouw zijn omtrent de met terugwerkende kracht werkende bestuursregels van art. 3:170 en bij verkrijging van een onbevoegde echtgenoot voor bescherming in aanmerking komen. Ook een opmerking van Luijten wijst in die richting: hij benadrukt dat enerzijds derden rekening moeten houden met de terugwerken-

20 Zie De Jong, diss., p. 29-30.

21 Luijten, Personen- en familierecht II, p. 70.

de kracht van de nog niet verleende beschikking, maar dat zij zich anderzijds wel op verschoonbare onkunde kunnen beroepen. Dit beroep zou men door gebruikmaking van conservatoire middelen kunnen dwarsbomen, aldus Luijten.²²

Helaas laat ons de wetgever bij deze keuze in de steek. Bij de bespreking van deze bepalingen bij de invoering van Boek 1 NBW in 1970 werd een daarop betrekking hebbende vraag bewust open gelaten.²³ Sindsdien is zij ook in de jurisprudentie niet beantwoord.

Mij spreekt de eerste redenering meer aan, mede omdat zij rekening houdt met de terugwerkende kracht van de beschikking die op deze wijze ook jegens derden kan worden ingeroepen. Anderzijds is ook de parallel van belang met de bescherming die het onroerendgoedregister biedt door een vergelijkbare inschrijvingsmogelijkheid van het starten van procedures wier uitkomst van belang kan zijn voor de rechtstoestand van het goed. Daar gaat het ook om processen die een rechtstoestand met terugwerkende kracht scheppen, bijvoorbeeld een vernietiging van een koopovereenkomst van een huis wegens een wilsgebrek. Door de inschrijving van het feit dat de vernietigingsprocedure is gestart, moeten derden in de tussentijd bedacht zijn op het feit dat de eis zal worden toegewezen.

Slechts indien men de tweede redenering volgt, kan zich nog het probleem voordoen dat de openlijke bekendmaking plaatsvindt nadat de beschikking is uitgesproken, maar voordat zij in kracht van gewijsde is gegaan, en voordat de inschrijving in het huwelijksvermogensregister heeft plaatsgevonden.²⁴ Kan een derde, mits hij kan bewijzen dat hij die advertentie in de krant(en) niet heeft gelezen, te goeder trouw zijn voordat de inschrijving in het huwelijksgoederenregister heeft plaatsgevonden? Het lijkt mij juist om deze vraag in dezelfde zin te beantwoorden. Ook hij zou immers, al zou hij de moeite hebben genomen om het huwelijksgoederenregister te raadplegen, geen relevante gegevens omtrent de opheffingsbeschikking kunnen opsporen. Dat hij niet tevens de kranten heeft uitgepluisd, is dan niet aan hem toe te rekenen.

Het is ook in deze variant nog mogelijk om de positie van de derde te relateren aan de publicaties in de kranten, maar dit lijkt mij minder voor de hand te liggen omdat ook altijd nog inschrijving in het huwelijksgoederenregister wordt geëist. Hierbij zou men nog een parallel kunnen trekken met het faillissementsrecht: deze redenering inzake de goede trouw is analoog aan de regeling van art. 35 lid 3 Fw, waar bij faillissement van de vervreemder van een art. 3:86-goed de verkrijger van dat goed te goeder trouw kan zijn totdat een publicatie in de krant heeft plaatsgevonden. Dit wordt gegrond op het feit dat

22 Klaassen-Eggens-Luijten, p. 166. Deze editie gaat nog uit van het 'oude' recht, maar de redenering past nog in gelijke mate in ons huidige stelsel.

23 PG Boek 1, 1969, p. 336.

24 Zie NvW, PG Boek 1, 1969, p. 341.

bij deze goederen inzage in een register niet tot de standaard-procedure behoort bij de overdracht van deze goederen. Dit zou men analoog kunnen verdedigen voor het onderhavige geval: het huwelijksgoederenregister is de aangewezen plaats om onderzoek te doen, niet de dagbladen of de Staatscourant.

CONCLUSIE: DE REGELING VAN DERDENBESCHERMING DOOR MIDDEL VAN PUBLICATIES BIJ OPHEFFING VAN DE GEMEENSCHAP BIJ BESCHIKKING VERDIENT GEEN SCHOONHEIDSPRIJS

Al met al is het geen geheel zuiver systeem van publicaties, waarmee derden bij beëindiging van de wettelijke gemeenschap van goederen door een beschikking worden geconfronteerd.

Het lijkt mij beter om de nadruk te leggen op een inschrijving van zowel het instellen van het verzoek als het in kracht van gewijsde gaan van de beschikking in het huwelijksgoederenregister, dan de publicatie in allerlei dagbladen verplicht te stellen. De kans dat een betrokkene de mededeling leest is miniem. Bovendien hoort informatie over huwelijksvermogensrechtelijke aangelegenheden bij voorkeur in het huwelijksgoederenregister thuis. Als daar nog verbetering in de toegankelijkheid zou kunnen worden bewerkstelligd via de invoering van een Centraal Huwelijksgoederenregister waar alle gegevens met betrekking tot het huwelijksvermogensrecht zijn terug te vinden voorzover zij derdenwerking moeten hebben, dan zou dit nog beter werken omdat raadpleging door derden eenvoudiger, goedkoper en sneller mogelijk zou zijn.²⁵ Het is dan wel te verdedigen dat derden onverschoonbaar onkundig zijn als het desbetreffende feit in het register is ingeschreven.

8.3 Bestuursveranderingen tijdens het huwelijk

Na het paardenmiddel van de beëindiging van de gemeenschap door de rechter zullen in dit onderdeel verschillende mogelijkheden worden besproken waardoor een andere echtgenoot bestuursbevoegd wordt over een goed waarover hij daarvoor niet het bestuur had. Bij bestuursveranderingen moet men onderscheiden tussen echtgenoten die in de wettelijke gemeenschap zijn gehuwd en echtgenoten die in huwelijkse voorwaarden een ander regime zijn overeen gekomen, omdat voor hen verschillende wegen openstaan.

²⁵ Daarnaast zou een verplichting tot inschrijving in het Handelsregister een aanvulling zijn voor ondernemers onderling. Voor een kritische bespreking daarvan zie het reeds eerder genoemde artikel van Croes in WPNR 5325 (1975).

8.3.1 Echtgenoten in de wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd, veranderen de bestuursverdeling

A. EEN BESTUURSOVEREENKOMST, ART. 1:97 LID 1 BW

Echtgenoten hebben niet alleen, zoals reeds in onderdeel 5.1 aan de orde is geweest, de mogelijkheid om voor het huwelijk een bestuursovereenkomst te sluiten. De wet kent hen deze mogelijkheid ook staande huwelijk toe. In het onderstaande zal de nadruk worden gelegd op de gevolgen voor derde die het gevolg zijn van het feit dat de bestuursovereenkomst *staande huwelijk* werd overeen gekomen. Voor details omtrent mogelijke afspraken die de echtgenoten over de bestuursverdeling kunnen maken, verwijs ik naar onderdeel 5.1. Daarnaast zijn een aantal rechtsgevolgen van het maken van een notariële bestuursovereenkomst vergelijkbaar met die van huwelijkse voorwaarden waardoor een wijziging van regime wordt bewerkstelligd, omdat met name het begin van de werking van dergelijke afspraken jegens derden gerelateerd is aan het fenomeen van huwelijkse voorwaarden in het algemeen, waartoe de bestuursovereenkomst immers ook behoort, art. 1:97 lid 1.

GEVOLGEN VAN EEN BESTUURSOVEREENKOMST VOOR DERDEN

In grote lijnen geldt voor de bestuursovereenkomst hetzelfde als voor huwelijkse voorwaarden waarbij door de regimewijziging veranderingen in de bestuursbevoegdheid optreden die voor de handelende echtgenoot relevant zijn. Voorzover de bestuursbevoegdheid wordt beperkt, bijvoorbeeld doordat echtgenoten afspreken dat voor bepaalde soorten goederen cumulatief bestuur geldt, zal de derde die voor de inschrijving in het huwelijksgoederenregister niet op de hoogte is van de overeenkomst, zich te goeder trouw weten. Hem kan de bestuurswijziging niet worden tegengeworpen, art. 1:97 lid 1 j° 120 lid 2.

De veronderstelde kennis van de derde kan mijns inziens door de echtgenoten, ingeval het een registergoed betreft, eerder worden bereikt indien zij zorgen dat de bestuursovereenkomst in het onroerendgoedregister wordt ingeschreven, omdat daarbij geen wachttijd van 14 dagen geldt.²⁶

Is de derde wel van de nieuwe bestuursverhoudingen op de hoogte, dan gelden zij vanaf de dag nadat de akte is verleden, art. 1:120 lid 1. Intern gelden zij immers ook al vanaf dat moment.

Dit geldt mijns inziens ook voor de toepassing van art. 1:92,²⁷ als de bestuursovereenkomst een dusdanige inhoud heeft, dat voor het desbetreffende goed in ieder geval de handelende echtgenoot niet (alleen) bestuursbevoegd is. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de echtgenoten zijn overeengekomen dat ten aanzien van de verzameling van kostbare schilderijen die door de

²⁶ Zie voor de uiteenzetting mijn standpunt in deze mijn artikel in WPNR 6076 (1993).

²⁷ Voor een nadere behandeling van dit artikel zie onderdeel 3.1.1.

man is ingebracht, gezamenlijk bestuur geldt. Het is dan duidelijk voor de derde dat de man nooit alleen kan beschikken over een schilderij dat tot die collectie behoort. Kennis van de bestuursovereenkomst neemt hier de goede trouw ten aanzien van de exclusieve bestuursmacht van de man weg. Bescherming van de derde is dan niet meer aan de orde.

Bij beschikkingen over registergoederen zal de notaris altijd onderzoek moeten instellen naar huwelijksvermogensrechtelijke obstakels. Zoals reeds opgemerkt in onderdeel 5.1.1 heb ik vernomen dat dit onderzoek zich in de praktijk veelal pleegt te beperken tot de vraag aan de comparende echtgenoot of er huwelijksvoorwaarden zijn gemaakt. De notaris zal in het algemeen op de gegeven informatie vertrouwen. Eigenlijk zou hij (tevens) onderzoek in het huwelijksgoederenregister moeten verrichten waarbij van de inschrijving van de bestuursovereenkomst blijkt. Deze feitelijke gang van zaken doet overigens niet af aan de fictie dat de wederpartij van de echtgenoot op de hoogte is van de inschrijving in het huwelijksgoederenregister.

De Hoge Raad en de literatuur hebben zich er nog niet definitief over uitgesproken of een bestuursovereenkomst ook kan of zelfs moet worden ingeschreven in het onroerendgoedregister. Deze vraag heeft met name betekenis voor de tijd tussen de rechterlijke goedkeuring van de huwelijksvoorwaarden en het moment dat 14 dagen zijn verstreken sinds de inschrijving in het huwelijksgoederenregister, art. 1:116 j° 120. Ik denk daarbij aan inschrijfbaarheid van de notariële akte van de bestuursovereenkomst die een wijziging van het bestuur over een (aantal) goed(eren) bevat op grond van art. 3:17 lid 1 sub a) BW j° 26 Kadasterwet, immers zijnde een notariële akte betreffende een rechtshandeling die de verandering van de rechtstoestand van een onroerend goed tot gevolg heeft. Voorbeelden uit de parlementaire geschiedenis zijn het huwelijk in enigerlei gemeenschap waarbij een registergoed in de gemeenschap is gevallen en huwelijksvoorwaarden.²⁸ Hierbij is geen onderscheid gemaakt tussen huwelijksvoorwaarden die een verandering van het regime als onderwerp hebben en huwelijksvoorwaarden die een bestuursovereenkomst betreffen. Inschrijving van een akte houdende een bestuursovereenkomst is daarom mijns inziens mogelijk, waardoor vanaf het moment van inschrijving in het onroerendgoedregister de derde niet meer te goeder trouw kan zijn, art. 3:23, ook voordat de 14 dagen-termijn van de inschrijving van het huwelijksgoederenregister is verstreken.²⁹

Zoals gezegd is deze opvatting omstreden en past zij ook niet geheel in het systeem, zie hierover onderdeel 5.1, waar ik dit probleem besprak voor voorhuwelijks huwelijksvoorwaarden. Het gevolg van deze opvatting is dat de bescherming van het onroerendgoedregister en de andere registers minder strikt wordt gescheiden. Het is de vraag of dit wenselijk is. Ik zie daarin geen

28 PG Kadasterwet, p. 150, 151.

29 Deze opvatting heb ik ook verdedigd in WPNR 6076 (1993).

probleem maar de opzet van art. 3:17 j° 24 wijst in de richting van een duidelijke verdeling: bepaalde feiten horen in het onroerendgoedregister thuis met de daarbij behorende vergaande derdenbescherming, andere feiten horen in andere registers thuis die een andere beschermingsregel geven, zoals het huwelijksgoederenregister.

Anders dan bij de gevallen van onderdeel 5.1 kan deze grensvervaging in de registers ook plaatsvinden door publicatie van de rechterlijke uitspraak betreffende de goedkeuring van de huwelijkse voorwaarden houdende de bestuursovereenkomst op grond van art. 3:17 lid 1 sub e). Dat zou dan een vergelijkbaar gevolg geven als inschrijving van de notariële akte houdende een voorhuwelijkse bestuursovereenkomst. Het verschil ligt in de werking van art. 3:25, omdat de partijverklaring in een notariële akte geen met kracht van authenticiteit gegeven verklaring is.³⁰ Bij de inschrijving van een akte die met kracht van authenticiteit is opgesteld, dus bijvoorbeeld de rechterlijke beschikking houdende goedkeuring van de bestuursovereenkomst in de huwelijkse voorwaarden, kan de derde alleen worden tegengeworpen dat deze niet de ingeschreven gevolgen had voor het registergoed indien de derde op de hoogte was van de fout of deze door onderzoek in de registers had kunnen kennen. Bij de ingeschreven voorhuwelijkse bestuursovereenkomst geldt dit niet. Het komt mij voor dat dit in deze context een voornamelijk academisch probleem is. Mocht er immers iets mis zijn met de overeenkomst zelf, bijvoorbeeld een wilsgebrek zijn opgetreden, dan kan de benadeelde echtgenoot de overeenkomst ook nog vernietigen als de rechterlijke goedkeuring reeds is verleend.³¹ Slechts een overeenkomst die bijvoorbeeld een fout in de kadastrale aanduiding bevat van het goed waarop de bestuursovereenkomst betrekking heeft, bijvoorbeeld de afspraak dat de man exclusief bestuursbevoegd is terwijl de onroerende zaak op naam van de vrouw staat, zou hiervoor eventueel in aanmerking komen. De aanduiding van de zaak zelf is immers geen met kracht van authenticiteit vastgesteld onderdeel van de notariële akte houdende de bestuursovereenkomst, terwijl wellicht door goedkeuring van de rechter van de bestuursovereenkomst staande huwelijk dit deel van de afspraak wel in een authentiek geschrift wordt opgenomen. Dit zal zich niet vaak voordoen.

Concluderend kan ik opmerken dat de vraag of de bestuursovereenkomst langs deze weg(en) inschrijfbaar is in de praktijk geen groot verschil maakt, nog afgezien van het feit dat de frequentie van bestuursovereenkomsten zeer laag is. Na verloop van de bekende veertien dagen wordt jegens derden ook wat betreft de inschrijvingen in het huwelijksgoederenregister bekendheid verondersteld bij de verkrijging van registergoederen, art. 3:24 lid 2 sub a). Die bekendheid wordt ook aangenomen als de inschrijving op grond van

30 PG Kadasterwet, p. 149; Van Straaten, p. 199-200.

31 Klaassen-Eggens-Luijten, p. 203.

art. 3:17 lid 1 sub a) of e) achterwege is gebleven. Relevant blijft de vraag wel in gevallen waar inschrijving in het huwelijksgoederenregister achterwege blijft of er een foutieve inschrijving plaatsvindt, maar dat zal slechts sporadisch voorkomen.

Heeft de mogelijkheid van inschrijving van bestuursveranderingen in het openbare register ook gevolgen voor (rechts)handelingen met betrekking tot onroerende zaken die geen beschikkingshandelingen zijn? Ik denk daarbij aan de verhuur van een huis dat niet de echtelijke woning is. De huurovereenkomst is gesloten door de bestuursonbevoegde echtgenoot, en de terbeschikkingstelling levert op grond van art. 1:90 een bestuursoverschrijding op. Als de echtgenoten voor de verhuur de bestuursovereenkomst hadden ingeschreven in het onroerendgoedregister dan kunnen zij mijns inziens aanvoeren dat de huurder door deze inschrijving (die heeft plaatsgevonden voordat de 14-dagen termijn van art. 1:120 lid 2 is verstreken, zo nemen wij aan) op de hoogte was van de bestuursverandering, zie ook het geschrevene in onderdeel 5.1.1 slot dat betrekking heeft op de inschrijving van voorhuwelijkse bestuursovereenkomsten. Dat betekent dat, ondanks het feit dat de huurder het onroerendgoedregister in de regel niet pleegt te raadplegen en geen notaris bij de verhuur is betrokken, door de werking van art. 3:23 analoog mijns inziens de huurder een beroep op de bestuursonbevoegdheid van de verhuurder tegen zich moet laten werken. Art. 3:23 is hier niet direct van toepassing omdat daarin wordt gesproken van verkrijgers van registergoederen, maar dat is mijns inziens geen reden om deze regeling niet ook te laten werken voor de bijzondere bestuurshandeling uit Boek 1 BW, die bestaat uit de feitelijke terbeschikkingstelling. Het is te verklaren dat deze categorie van feiten niet wordt genoemd in art. 3:23 omdat dit in het algemene vermogensrecht geen onderdeel uitmaakt van de beschikkingshandelingen die aan de eigenaar zijn voorbehouden. Aangezien dit in het huwelijksvermogensrecht wel het geval is, lijkt het mij verdedigbaar dat bij alle bestuurshandelingen, zij het dat zij bestaan uit het beschikken over de zaak zelf of de terbeschikkingstelling van de zaak, dezelfde regel geldt omtrent het verlies van de goede trouw door de inschrijving van de bestuursverandering in het openbare register. Het kan mijns inziens niet de bedoeling zijn dat een bestuursonbevoegde echtgenoot wel door de inschrijving eraan gehinderd kan worden om het huis te vervreemden maar niet om het in het kader van een gebruiksovereenkomst aan een derde ter beschikking te stellen. Als de inschrijving het meerdere verhindert, dan lijkt mij het mindere ook geblokkeerd moeten worden, aangezien dit ook een bestuursoverschrijding vormt.

Is de bestuursovereenkomst niet in het onroerendgoedregister ingeschreven en bevinden wij ons nog in de 14-dagen termijn van art. 1:120 lid 2, dan rijst de vraag of van de derde nader onderzoek kan worden gevergd of men ervan uit moet gaan dat de art. 3:24 en 1:120 lid 2 van dezelfde eis uitgaan voor de

goede trouw: slechts kennis schaadt, maar er hoeft geen nader onderzoek in de zin van art. 3:11 te worden ingesteld. In de literatuur vindt men verschillende opvattingen.³² Ik sluit mij aan bij degenen die van mening zijn dat het gaat om het 'kennen' van de huwelijkse voorwaarden. Dit heeft tot gevolg dat de huurder die niet op de hoogte is van de bestuursovereenkomst, welke niet is ingeschreven in enig register, de afgifte van het huis kan vorderen, hoewel dit moet geschieden door degene die tengevolge van de bestuursovereenkomst hiertoe niet meer bevoegd is.

B. 'OVERDRACHT' VAN (HET BESTUUR OVER) BEPAALDE GOEDEREN DER ECHTGENOTEN

Naast de in het vorige onderdeel genoemde bestuursovereenkomsten waarin, afhankelijk van de visie over het karakter van huwelijkse voorwaarden, een min of meer abstracte algemene regeling betreffende het bestuur kan worden neergelegd, is volgens een aantal auteurs ook mogelijk om via overdracht het bestuur over een gemeenschapsgoed over te dragen aan de andere echtgenoot. In de literatuur komt deze vraag met name aan de orde in het kader van de overdracht van aandelen,³³ maar zij hoeft daar mijns inziens niet toe beperkt te blijven. Echtgenoten staat het in deze door Van Mourik verdedigde visie vrij om gebruik te maken van een koop met levering om een goed van de ene echtgenoot aan de andere over te dragen. Het argument dat Kleijn³⁴ hiertegen aanvoert, dat overdracht van de bestuursbevoegdheid die het gevolg is van de verkoop met levering, in wezen een privaatieve bestuursovereenkomst is die valt onder de formele voorschriften van art. 1:97 lid 1 j° art. 119 BW, lijkt mij niet overtuigend. Ten eerste is hiertegen aan te voeren dat (in navolging van Hidma)³⁵ een bestuursovereenkomst betreffende de overdracht van het bestuur van de ene naar de andere echtgenoot geen regeling van huwelijksvermogensrechtelijke aard *in abstracto* is. Bovendien voert Van Mourik terecht aan dat de daartegenover staande koopprijs onder het bestuur van de vervreemdende echtgenoot komt. Ten derde zou men kunnen aanvoeren dat het niet voor de hand ligt om het koopverbod tussen echtgenoten in 1992 op te heffen maar tegelijkertijd deze koopovereenkomsten nietig te achten mits deze niet voldoen aan de vormvoorschriften voor huwelijksvoorwaarden. Aan de contractsvrijheid voor echtgenoten zou men dan nog niet echt toekomen.³⁶

32 Zie Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 314 met verdere verwijzingen naar de verschillende opvattingen; T&C (Breedveld-De Voogd) art. 120 aant. 2 neemt ook aan dat het gaat om 'kennen' en niet ook omvat het 'behoren te kennen' dat een verdergaande onderzoeksplicht bij de derde zou neerleggen.

33 Van Mourik, Beantwoording rechtsvraag, WPNR 6175 (1995); Kleijn, JBN december 1994, nr. 131 is tegen deze mogelijkheid.

34 JBN 1994 nr. 131.

35 Diss., p. 50; Preadvies KNB 1994, p. 19.

36 De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 225, schrijft iets vergelijkbaars ten aanzien van het nut van de mogelijkheid van art. 7A:1715 lid 2 om elkaar handgiften te doen. Ook dit artikel zal in de nieuwe regeling van de schenking vervallen, zie de voorgestelde nieuwe artikelen in WPNR 6186 (1995) slot.

Zolang men niet poogt om via een koopovereenkomst ontduiking van art. 1:94 lid 1 j° 119 te forceren (bijvoorbeeld door een groot deel van het aandeel in de gemeenschap aan de andere echtgenoot te verkopen) lijkt mij de overdracht van een enkel vermogensbestanddeel aan de andere echtgenoot buiten de vorm van huwelijksvoorwaarden mogelijk.

Na aldus te hebben vastgesteld dat op zich een overdracht ten titel van koop tussen echtgenoten van een vermogensbestanddeel, dat in de gemeenschap van goederen valt, mogelijk is moeten wij kijken naar de rechtsgevolgen van deze overdracht. Aangezien het goed voor de vervreemding al deel uitmaakte van de gemeenschap en er geen reden is om overgang naar het privévermogen van de verkrijgende echtgenoot aan te nemen, is het enig waarneembare gevolg dat het bestuur over het goed is overgegaan naar de verkrijgende echtgenoot. Dit rechtsgevolg stemt overeen met dat van een bestuursovereenkomst waar het bestuur over het goed aan de andere echtgenoot wordt overgedragen. Feitelijk wordt dit rechtsgevolg gerealiseerd door een titel, bijvoorbeeld koop, gecombineerd met een leveringsvorm die past bij het goed in kwestie, bijvoorbeeld een cessie van een vordering inclusief de mededeling aan de debiteur, art. 3:94 lid 1, terwijl de koopprijs bijvoorbeeld kan worden voldaan door overboeking van het verschuldigde bedrag naar een rekening op naam van de verkopende partij. Dat beide exercities alleen wisseling van het bestuur tot gevolg hebben omdat beide prestaties al tot het gemeenschapsvermogen behoorden, doet hier mijns inziens niet ter zake.³⁷

Tot nu toe ging het om goederen die zich reeds in de gemeenschap bevonden en daar ook tengevolge van de overdracht in blijven. Is het ook mogelijk om privégoederen over te dragen of goederen in privé te verkrijgen? Verrijking van goederen die privé-eigendom waren van de vervreemdende echtgenoot is alleen denkbaar als de grond voor privé-eigendom de overdraagbaarheid niet in de weg staat, art. 3:83. Bij verknochte goederen kennen wij verschillende graden van verknochtheid waarbij slechts in een klein deel der gevallen onoverdraagbaarheid wordt aangenomen.³⁸ Deze staat ex art. 3:83 lid 1 aan overdracht in de weg. Bij goederen die wegens verkrijging onder een uitsluitingsclausule privé zijn, art. 1:94 lid 1, is omstreden hoever die clausule reikt. De wil van de schenker of erflater bepaalt in welk vermogen de goederen terecht komen als zij door de echtgenoot worden verkregen, maar

37 Aanpassing BW, p. 15; Schoordijk, Misbruik van contractsbevoegdheid door een in algehele gemeenschap gehuwde echtgenoot onder het huwelijksgoederenrecht naar Nieuw BW, p. 122 noot 8; Meijer, WPNR 6072 (1992).

38 Klaassen-Eggens-Luijten, p. 90 e.v. Net als Keijzer, Preadvies 1989, p. 63, komt hij tot de conclusie dat er nog maar heel weinig goederen zijn die zo verknocht zijn dat zij niet in de gemeenschap vallen. Slechts enkele uitkeringen blijven om die reden uit de gemeenschap. Zie voor voorbeelden HR 23 december 1988, NJ 1989 700 mnt. EAAL, door mij besproken in TPR 1992, p. 418-420; HR 25 juni 1993, NJ 1994 31 mnt. WMK over belastingschulden, hierover Soons, JBN januari 1994, nr. 1. Niet apart blijft een uitkering ter zake van de beëindiging van een dienstbetrekking, HR 22 maart 1996, NJ 1996 640 mnt. WMK.

daar mag men naar mijn mening niet in lezen dat zij daardoor onoverdraagbaar worden. Het betekent alleen dat de verkrijging in het begin plaatsvindt ten gunste van het privévermogen, en dat goederen die ter vervanging van deze goederen worden aangeschaft, wederom privégoederen worden.³⁹ Het feit dat echtgenoten door huwelijkse voorwaarden⁴⁰ niet het verkregene in de huwelijksgemeenschap kunnen laten vallen, doet daar naar mijn mening niet aan af.

Wat zou het gevolg zijn als men zou aannemen dat de wil van de erflater of schenker zo sterk zou zijn dat het goed⁴¹ nooit aan de andere echtgenoot toe zou mogen komen? Deze opvatting zou als merkwaardig gevolg hebben dat de erfgenaam/begiftigde het goed wel aan een ander zou mogen vervreemden omdat dit niet in strijd met de wil van de erflater wordt geacht, maar niet aan de echtgenoot. Bovendien zou men inbreuk maken op het beginsel uit het goederenrecht dat alle goederen overdraagbaar moeten zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich ertegen verzet, art. 3:83. Beide uitzonderingen zijn hier mijns inziens niet van toepassing.⁴²

De conclusie moet derhalve zijn dat ook privégoederen in het algemeen aan de andere echtgenoot kunnen worden overgedragen. Die overdracht verloopt via art. 3:84, dat een geldige titel vereist.⁴³ Men kan zich afvragen of naast koop ook schenking van een privégoed aan de andere echtgenoot mogelijk is of dat de wil van de erflater/schenker dit verhindert. Ook als het een goed betreft dat onder uitsluiting is verkregen, moet dit in beginsel mogelijk zijn.⁴⁴ Ik denk dat de beschikkingsmacht van de erflater/schenker over de bestemming van het goed ophoudt op het moment dat het goed in het privévermogen van de erfgenaam/begiftigde terecht is gekomen. Voor een schenking onder echtgenoten geldt nog wel de beperking van art. 7A:1715 die wordt uitgelegd als vernietigbaarheid van de schenking en niet als het absolute verbod dat letterlijk in de wet staat.⁴⁵ Onaantastbare schenkingen kunnen ook verricht worden, mits men de vorm van huwelijkse voorwaarden in acht neemt, art. 1:146.⁴⁶ In dit geval kan het goed wel definitief in de gemeenschap komen onder het bestuur van de andere echtgenoot.

De volgende variant betreft de *verkrijging in privé*. Aangezien verknochtheid hiervoor geen argument kan zijn omdat het goed anders niet eerst in het vermogen van de vervreemdende echtgenoot terecht was gekomen, zal dit

39 Luijten, Personen- en familierecht II, p. 46. Ten aanzien van het beginsel van zaaksvervanging op dit punt zie Meijer, WPNR 6071 (1992), p. 883 en Kleijn, JBN december 1992, nr. 133. Kleijn zoekt daarbij aansluiting bij de zaaksvervangingsregels van art. 1:124 lid 2 en 125.

40 Zie HR 21 november 1980, NJ 1981 193 mnt. EAAL.

41 Ik gaat er in het vervolg van uit dat het goed niet al uit zijn aard onoverdraagbaar is.

42 Luijten, Personen- en familierecht II, p. 47 e.v., voor een behandeling van de verschillende varianten.

43 Zo ook Meijer, WPNR 6072 (1992).

44 Verstappen, diss. p. 374.

45 Klaassen-Eggens-Luijten, p. 73 e.v. met verdere verwijzingen.

46 Asser-Moltmaker nr. 526 e.v.

alleen mogelijk zijn via een uitsluitingsclausule. Of deze ook tussen echtgenoten gebruikt kan worden, is in de literatuur omstreden. Soons⁴⁷ is van mening dat bij schenking, ongeacht door wie, deze ‘voorwaarde’ aan de schenking verbonden kan worden. Op de vernietigbaarheid bij schenking tussen echtgenoten ex art. 7A:1715 zal ik hier niet ingaan; het lijkt er overigens op dat deze beperking zal worden afgeschaft.⁴⁸

Schenken echtgenoten elkaar iets onder privéclausule, dan is dit ook een schenking die reallocatie van het vermogensbestanddeel tot gevolg heeft. Bij schenking van een gemeenschapsgoed dat ‘weer in de gemeenschap’ valt, verlaat het goed het gemeenschappelijk vermogen immers niet en krijgt de verkrijger een soort koekje van eigen deeg, zij het dat hij na de schenking er wel het bestuur over heeft. Dit zal de juridisch niet onderlegde schenker niet bedoeld hebben, zo kan ik mij voorstellen.

Maar de opvatting van Soons wordt bestreden met o.a. het argument, dat uit het systeem van de wet zou voortvloeien dat vermogensverschuivingen naar privévermogens aan echtgenoten alleen via de weg van huwelijkse voorwaarden mogelijk worden gemaakt, aldus bijvoorbeeld Luijten.⁴⁹ Het motto tot uitgangspunt nemend dat het huwelijksvermogensrecht zoveel mogelijk bij het algemene vermogensrecht moet aansluiten, volg ik hier de opvatting van Soons. Praktisch zal deze keuze weinig verschil maken omdat slechts sporadisch van deze mogelijkheid gebruik zal worden gemaakt. Meestal zal bij het geven van een cadeau geen privéclausule worden toegevoegd. Mijns inziens moet men dan aannemen dat het gemeenschapsgoed gewoon in de gemeenschap blijft op grond van de magnetische werking van de gemeenschap, en dat slechts de bestuursbevoegdheid wijzigt.⁵⁰

Verkrijgingen onder andere titel dan schenking kunnen echtgenoten bij leven niet onder uitsluitingsclausule bewerkstelligen, zodat deze altijd tot verkrijging als gemeenschapsgoed leiden.

Samenvattend kan worden gesteld dat naast de wettelijke bestuursovereenkomst⁵¹ die in de regel een meer algemeen karakter zal hebben, maar wegens formele vereisten zeer zelden wordt gebruikt, aan de echtgenoten mijns inziens ook de weg van de overdracht ex art. 3:84 BW van enkele goederen openstaat. Daarbij verdient aantekening dat bij echtgenoten die in de wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd, deze overdracht meestal slechts een bestuurswisseling tot gevolg heeft en het goed steeds in de gemeenschap blijft.

47 WPNR 6186 (1995), p. 433.

48 Soons, WPNR 6186 (1995), p. 434 en p. 447-448 van die aflevering, waar de voorgestelde tekst voor de schenkingsovereenkomst staat afgedrukt. De huwelijksgift staat volgens Soons ook op de nominatie voor afschaffing.

49 Klaassen-Eggens-Luijten, p. 115.

50 Anders Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 203.

51 Vergelijk het begin van dit onderdeel en onderdeel 5.1.

GEVOLGEN VOOR DERDEN

Anders dan bij de bestuursovereenkomst, waar de overeenkomst door inschrijving in het huwelijksgoederenregister ook aan derden kenbaar is, voltrekt zich de overdracht bij niet-registergoederen in stilte. Bij registergoederen zal een wijziging in de opnaamstelling plaatsvinden als teken naar buiten; bij de cessie van vorderingen op naam wordt nog wel de debiteur gewaarschuwd, art. 3:94 lid 1. Bij de overdracht van roerende zaken zal voor en na de overdracht de bezits- en eigendomsverhouding even duister zijn, en zal vooral art. 1:92 lid 1 bij (onbedoelde) bestuursoverschrijdingen uitkomst moeten bieden.

Ook hier is weer de peildatum voor de bestuursbevoegdheid het moment van levering. Als de overdracht ervoor heeft plaatsgevonden en daardoor de handelende echtgenoot bestuursonbevoegd is geworden, dan moet de vraag of de derde het goed verkrijgt, aan de hand van de gewone derdenbeschermingsmaatregelen worden beantwoord.

C. OVERLATEN VAN BESTUUR, ART. 1:90 LID 3 BW

Deze rechtsfiguur is reeds besproken in onderdeel 5.2, waar de variant werd behandeld dat het overlaten reeds ten tijde van de huwelijkssluiting aanwezig was. Mochten echtgenoten pas staande huwelijk hiertoe overgaan, dan geldt het in onderdeel 5.2 gezegde analoog: de derde zal er in de regel geen nadeel van ondervinden. Het kan wel zijn dat hij onbedoeld toch van een bestuursbevoegde echtgenoot verkrijgt, hoewel hij daarvoor wellicht meende dat er aan de verkrijging een probleem kleefde doordat de handelende echtgenoot niet bestuursbevoegd was. In dat geval is de bestuurshandeling toch geldig en kan de derde zich niet op zijn verkeerde inschatting beroepen. Meende de derde daarvoor al, met een bevoegde echtgenoot te handelen, dan zal de bestuurshandeling zonder problemen kunnen worden uitgevoerd.

D. DE BESTUURSOPDRACHT, ART. 1:91 BW

Bestuursopdrachten met privaatieve werking⁵² worden door de rechter in twee gevallen uitgesproken: als de bestuursbevoegde echtgenoot zijn bestuur wegens afwezigheid of andere gronden niet kan uitoefenen of als hij in ernstige mate in het bestuur van de gemeenschapsgoederen tekortschiet, art. 1:91.⁵³

Net als bij bestuursovereenkomsten krijgt men bij bestudering van de gepubliceerde jurisprudentie de indruk dat deze noodmaatregel maar zeer spora-

52 De Bruijn, WPNR 4911 (1966) al in die zin voor het oude recht. Luijten, Personen- en familierecht II, p. 39.

53 Luijten, Personen- en familierecht II, p. 39, wijst erop dat deze laatste grond niet van toepassing is als hij zijn eigen goederen slecht bestuurt, terwijl ook bij onmogelijkheid om de eigen goederen te besturen, bestuursopdracht mogelijk is. Ik vermoed dat dit met de gedachte van de partijautonomie te maken heeft die daar eindigt waar het goederen betreft die ook aan de andere echtgenoot toebehoren. Klaassen-Eggen-Luijten, p. 66, vat bestuursopdracht terzake van privégoederen op als zuivere vertegenwoordiging.

disch wordt toegepast.⁵⁴ Uit enkele uitspraken⁵⁵ blijkt dat er een bestuursopdracht heeft plaatsgevonden, maar het aantal is erg gering.⁵⁶ Ik denk daarbij aan het feit dat langere afwezigheid wel vaker voorkomt, bijvoorbeeld door hechtenis, maar ook minder precies vastgelegd qua duur, zoals bij verdwijningen van mensen en langere ontvoeringen. Ik kan mij voorstellen dat in deze gevallen de achterblijvende echtgenoot niet snel geneigd zal zijn om juridische stappen te ondernemen die de afwezigheid nog bezegelen, maar vooral bij langere afwezigheid zal er om praktische redenen een oplossing gevonden moeten worden. Gevangenen die om die reden niet goed hun bestuursbevoegdheid kunnen uitoefenen, kunnen gebruik maken van volmachten. Bij vermisten zal dit ervan afhangen of partijen de volmachten al voor de verdwijning hadden afgegeven.

Voor een andere categorie, zo kan ik mij voorstellen, geldt dit minder: bij echtparen waarbij de ene echtgenoot door hogere leeftijd niet meer tot volwaardig bestuur in staat is, maar er ook nog niet zo erg aan toe is dat hij onder curatele moet worden gesteld.⁵⁷ In deze gevallen lijkt mij een rechterlijke bestuursopdracht een van de mogelijkheden om uit de impasse te geraken. De rechter zal er dan voor zorgen dat in ieder geval het bestuur over de goederen veilig gesteld is, maar ik vraag mij af of dit in alle gevallen een afdoende oplossing is na invoering van het nieuwe bestuursbegrip. Immers blijft die echtgenoot nog handelingsbekwaam en kan derhalve de goederen nog met obligatoire rechtshandelingen binden.⁵⁸ Uitvoering van de overeenkomsten waarbij hij zich tot bestuurshandelingen verbonden heeft, zal dan een bestuursoverschrijding betekenen, maar aangezien de overeenkomst op zich geldig is, zal een wanprestatieclaim de gemeenschap belasten (zie hoofdstuk 3, met name onderdeel 3.3 met betrekking tot andere vormen van bestuursoverschrijdingen).

Andere mogelijkheden voor dit soort situaties zijn de curatele, waardoor de echtgenoot handelingsonbekwaam wordt, en het meerderjarigenbewind van titel 1.19 BW.⁵⁹ In het laatste geval zal ook het bestuur dat aan de onderbewindgestelde toekomt, onder het bewind komen. Omdat bij voorkeur de echtgenoot tot bewindvoerder benoemd wordt, gaat op deze wijze het

⁵⁴ Zo ook De Bruijn, WPNR 4911 (1966), p. 283.

⁵⁵ KG Groningen, 16 december 1965, NJ 1966 472 en Rb. Breda, 28 november 1967, NJ 1968 381.

⁵⁶ Zie Lubbers, Niet door rechtshandeling overbrugbare vermogensrechtelijke verschillen tussen huwelijk en concubinaat, p. 229.

⁵⁷ Zie Kraan, p. 56, voor samenloop van bestuursopdracht en curatele. Hij zou liever een aparte regeling voor bestuur bij gemeenschaps- en privégoederen zien voor het geval dat de curator of bewindvoerder het bestuur van de echtgenoot heeft overgenomen aan wie het bestuur toekwam volgens de normale bestuursverdeling. Dan zou de andere echtgenoot tot bestuurder benoemd moeten kunnen worden, tenzij hij het zelf niet goed doet.

⁵⁸ Asser-Molmaker nr. 283. Dit nadeel geldt ook bij onderbewindstelling, voorzover het geen beheershandelingen betreft, art. 1:438 lid 1. Zie Koens, p. 376.

⁵⁹ Meijer, Vermogensbeheer van geestelijk gestoorde naar huidig en toekomstig recht, is er dan ook voor om voor dit geval de bestuursopdracht af te schaffen.

bestuur over de goederen als onderdeel van het bewind op de andere echtgenoot over, zie art. 1:435. De onder bewind gestelde kan nog wel obligatoire handelingen verrichten, zolang het geen beheershandelingen zijn, art. 1:438. Dit middel heeft op dit vlak dus hetzelfde nadeel als de bestuursopdracht. Uitgebreide derdenbescherming, zoals art. 1:439 deze biedt, is noodzakelijk omdat onderbewindstelling niet wordt gepubliceerd.⁶⁰

Bij wanbestuur kan de bestuursopdracht een geëigend middel zijn om de problemen de baas te worden. Een alternatief is de opheffing van de gemeenschap, maar wegens de nadelen van de opheffing van de gemeenschap is in sommige gevallen een bestuursopdracht te prefereren.⁶¹

WERKING VAN DE BESTUURSOPDRACHT

Schoordijk⁶² is van mening dat in de parlementaire stukken niet precies is uitgewerkt hoe de obligatoire en goederenrechtelijke verhoudingen na de bestuursopdracht komen te liggen. Het is duidelijk dat de bestuurshandelingen alleen door de andere echtgenoot kunnen worden verricht. De vraag is hoe de titel bij de beschikkingshandelingen tot stand komt zodat de beschikking ook een uitvoering is van de daaraan voorafgaande overeenkomst. In art. 1:91 lid 4 wordt aan de echtgenoot die bestuursbevoegd is, een vertegenwoordigingsbevoegdheid voor andere dan bestuurshandelingen met betrekking tot de goederen van de bestuursonbevoegde echtgenoot toegekend. Schoordijk heeft wel gelijk dat dit niet waterdicht is beargumenteerd in de MvT II⁶³ maar het lijkt mij voldoende duidelijk dat, waar dat nodig is, de bevoegde echtgenoot als vertegenwoordiger voor de andere echtgenoot kan optreden, zodat de beschikkingshandeling volgt op een titel. Omtrent de consequenties die de vertegenwoordigingstheorie heeft voor de verhaalsmogelijkheden van de wederpartij zie hoofdstuk 14.

WERKING JEGENS DERDEN

Jegens derden geldt een nieuwe bestuursopdracht volgens de regels van art. 1:91 lid 2 j° 86 leden 3 en 4, dus jegens alle derden die ervan wisten direct nadat de beschikking rechtskracht heeft, en jegens onkundige derden vanaf veertien dagen na publicatie in het huwelijksgoederenregister en indien aangewezen, pas na publicatie in de dagbladen, art. 1:86 lid 4.⁶⁴ Schoordijk⁶⁵ merkt op dat de rechterlijke bestuursopdracht ook in het onroerendgoedregister moet worden ingeschreven, omdat zij van invloed is op de rechtstoestand

60 Omdat dit te ver zou voeren, zal ik niet nader ingaan op de gevolgen van deze maatregel. Voor verdere gegevens verwijs ik naar Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 625 e.v. met verdere verwijzingen. Zie ook Blankman, in Koens e.a., p. 371 e.v.

61 Asser-Moltmaker nr. 280 e.v.

62 RM Themis 1983, p. 257-258.

63 Tegenwoordig na te lezen bij PG Aanpassing BW, p. 47-48.

64 Asser-Moltmaker nr. 281.

65 RM Themis 1983, p. 261.

van een registergoed, art. 3:17 lid 1 sub e). Hij suggereert dat bij ontbrekende inschrijving in het onroerendgoedregister derden die subjectief niet op de hoogte zijn van de bestuursopdracht beschermd kunnen worden door de registerbescherming, waardoor een inschrijving in het huwelijksgoederenregister niet meer de goede trouw zou kunnen doorbreken. Deze overweging lijkt mij niet juist, omdat art. 3:24 lid 2 de link legt naar inschrijvingen in andere registers, waaronder het huwelijksgoederenregister. Is de bestuursopdracht in het huwelijksgoederenregister ingeschreven, dan kan de derde zich niet meer op ontbrekende inschrijving in het huwelijksgoederenregister beroepen. Ik geef toe dat dit wellicht anders is in de eerste 14 dagen waarin een inschrijving in het huwelijksgoederenregister sec niet voldoende is om de goede trouw bij de derde weg te nemen, maar zodra de automatische werking van het huwelijksgoederenregister start, is mijns inziens de bescherming ten einde die het onroerendgoedregister bij niet-inschrijving van de bestuursopdracht biedt.

BEËINDIGING VAN EEN BESTUURSOPDRACHT

Algemeen wordt aangenomen dat de beëindiging van de bestuursopdracht verschillend verloopt, afhankelijk van de reden, waarom zij was uitgesproken. Men is het er niet over eens of, indien de reden in de afwezigheid van een echtgenoot besloten lag, bij diens terugkeer de opdracht van rechtswege eindigt of dat zij eerst moet worden opgeheven. Aan de ene kant kan ik Moltmaker⁶⁶ goed begrijpen, waar hij zegt dat het niet per se noodzakelijk is dat de opdracht wordt ingetrokken. Dat is in het algemeen de meest wenselijke weg vanwege de rechtszekerheid, maar ik kan mij goed voorstellen, waarom hij deze weg in dit geval niet dwingend wil voorschrijven. Anders zou zich de paradox kunnen voordoen dat men eerst zou moeten onderzoeken of iemand afwezig is geweest, en na terugkomst de eventuele bestuursopdracht alweer is ingetrokken, voordat men tot het aangaan van een bestuurshandeling zou kunnen overgaan. Dit doet wat wonderlijk aan, als iemand in levende lijve voor je staat en daarmee dus blijkbaar in staat is zelf het bestuur uit te oefenen. Anderzijds zijn Van der Burght en Luijten⁶⁷ van mening dat een rechterlijke bestuursopdracht slechts door een rechterlijke uitspraak kan worden beëindigd, waarbij Van der Burght verwijst naar de bepaling van art. 1:86 waar voor de opheffing van de beëindiging van de dubbele aansprakelijkheid een rechterlijke uitspraak wordt geëist.⁶⁸

Om aansluiting te zoeken bij alle andere gevallen dat rechterlijke uitspraken zijn ingeschreven, en bij wijziging daarvan weer een nieuwe rechterlijke uitspraak moet worden gegeven die moet worden ingeschreven, sluit ik mij

66 Asser-Moltmaker nr. 278.

67 Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 188; Klaassen-Eggens-Luijten, p. 68.

68 Zie voor een bespreking van dit artikel in dit boek hoofdstuk 10.

bij Van der Burght en Luijten aan dat rechterlijke wijziging de juiste weg is.⁶⁹ Feitelijk komt dit onderscheid in opvattingen gelukkig erg zelden aan de orde, zodat het meer een academisch dan een brandend maatschappelijk vraagstuk is.

E. HET DIENSTBAAR MAKEN VAN EEN GEMEENSCHAPSGOED AAN HET BEROEP OF BEDRIJF VAN DE ANDERE ECHTGENOOT, ART. 1:97 LID 2 BW

In onderdeel 5.3 is reeds in algemene zin aan de orde geweest wanneer de bestuurswisseling optreedt en welke handelingen daarna behoren tot het bestuur van de bedrijfsuitoefenende echtgenoot en welke bestuurshandelingen zij voortaan gezamenlijk moeten verrichten. Hier komen alleen de bijzonderheden aan de orde die kunnen optreden doordat ineens staande huwelijk zich een bestuurswisseling voltrekt, en welke gevolgen met de beëindiging van de dienstbaarheid zijn verbonden.

DIENSTBAARMAKING BEGINT STAANDE HUWELIJK

Men stelle zich voor: de bestuursbevoegde echtgenoot heeft een optie verleend aan een collega tot de koop van zijn bromfiets. De collega heeft het recht om de koop te sluiten als hij voldoende financiering rond kan krijgen. De collega sluit een gunstige lening bij een bank en komt verheugd naar de echtgenoot met de mededeling, dat nu alles rond is, en of hij de volgende dag aan de levering wil meewerken. Inmiddels heeft de andere echtgenoot (nietsvermoedend van de huwelijksvermogensrechtelijke gevolgen van zijn daden) met stilzwijgende toestemming van zijn echtgenoot een bode-dienst gestart waartoe hij de bromfiets gebruikt. De echtgenoot die de koopoptie had verleend, is ineens niet meer bevoegd om de bromfiets alleen te leveren omdat nu gezamenlijk bestuur van kracht is geworden door de bedrijfsuitoefening van de andere echtgenoot. De bezorgende echtgenoot heeft zich op de hoogte gesteld van zijn rechten en plichten en wil niet meewerken aan de levering. Wat is de positie van de koper?

Vast staat dat de koper door feitelijk onderzoek te verrichten van de bedrijfsuitoefening op de hoogte had kunnen zijn; inschrijving in het huwelijks-goederenregister is waarschijnlijk niet mogelijk, maar dat is omstreden.⁷⁰ Het lijkt mij dat slechts in gevallen waarin art. 1:92 een rol kan spelen, bescherming aan de orde kan komen, zoals in casu. Dat artikel verzacht immers de sterke onderzoeksplicht van art. 3:11. Bij alle beschermingsvarianten die de goede trouw via art. 3:11 definiëren lijkt mij de goede trouw afwezig, omdat enig feitelijk onderzoek ter plaatse al de aanwezigheid van de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de andere echtgenoot aan het licht zou hebben gebracht.⁷¹ Wellicht zou men in het beschreven geval een beroep op de

69 Zo ook KG Groningen, 16 december 1965, NJ 1966 472.

70 Zie de bespreking van deze vraag in onderdeel 5.3.

71 Vergelijk ook het geschrevene in onderdeel 5.3.

bestuursonbevoegdheid een handeling willen zien die in strijd is met de redelijkheid en billijkheid omdat de toestemmingverlenende echtgenoot iets had moeten zeggen over de koopoptie. Op deze wijze zou men wellicht tot de conclusie komen dat aan de derde alleen een vordering tot schadevergoeding op grond van niet-nakoming van de overeenkomst zou toekomen.⁷² Daartegen zou men kunnen inbrengen dat het gebruik maken van wettelijke bevoegdheden door de echtgenoten in een wellicht nog krasser geval⁷³ ook niet werd afgestraft.

Ten aanzien van de inschrijfbaarheid van de bestuurswisseling in het onroerendgoedregister ben ik in onderdeel 5.3 tot de opvatting gekomen dat het weliswaar niet onmogelijk moet worden geacht, maar dat de sanctie van art. 3:24 daarop niet toepasbaar is. Uitgaand van dit standpunt wordt daarom ook bij bestuurswisselingen die staande huwelijk plaatsvinden, de onderzoeksplicht ten aanzien van de bestuurswisseling bij registergoederen ingevuld aan de hand van art. 3:11: kennisneming van de feitelijke situatie is vereist, en deze levert in de regel voldoende informatie op om vast te stellen dat een bedrijfsuitoefening plaatsvindt; daarmee is de goede trouw ten aanzien van de exclusieve bestuursbevoegdheid van de handelende echtgenoot ten einde.

BEËINDIGING VAN DE BESTUURSWISSELING

De beëindiging van de bestuurswisseling vindt plaats doordat het bedrijf wordt gestaakt of dat de rechter er een eind aan maakt. Deze vorm van beëindiging kan nog bijzondere problemen voor derden met zich mee brengen, omdat er een zekere tijd kan verlopen tussen de afspraak tussen partijen dat de dienstbaarheid aan het bedrijf moet worden opgeheven, of de rechterlijke uitspraak van die strekking daadwerkelijk is gerealiseerd. Moltmaker en Luijten⁷⁴ zijn van mening dat, zo deze feiten in het huwelijksgoederenregister kunnen worden ingeschreven, deze toch niet jegens derden die daarvan onkundig waren, kunnen worden ingeroepen. Het betreft immers geen verplichte inschrijving en van de derde kan raadpleging onder deze omstandigheden niet worden gevergd. De schijn van het voortduren van de bestuurswisseling mag voor de derde in zo'n geval voldoende zijn om daarop te mogen vertrouwen.

Ik kan mij daar wel bij aansluiten, omdat dit de plaats is waar informatie over het bestuur verzameld moet worden. Anderzijds ben ik het er ook mee eens dat, nu de wet deze mogelijkheid niet uitdrukkelijk noemt, derden die niet op de hoogte zijn van de rechterlijke beëindiging, niet hun goede trouw

72 Eventueel zou men nakoming nog als een passende vorm van schadevergoeding op kunnen vatten volgens de bekende arresten van de Hoge Raad, HR 17 november 1967, NJ 1968 42 mnt. GJS (Pos/van den Bosch) en HR 17 mei 1985, NJ 1986 760 mnt. CJHB en WMK (Curaçao/Boyé).

73 HR 19 maart 1993, NJ 1994 92 mnt. EAAL met betrekking tot de vernietigingsmogelijkheid van art. 1:89. Dit arrest wordt behandeld in onderdeel 12.

74 Asser-Moltmaker nr. 339; Klaassen-Eggens-Luijten, p. 139.

verliezen door die inschrijving.⁷⁵

Ik denk dat bij het staken van een bedrijf de feitelijke omstandigheden voor zich moeten spreken, waarbij de derde ook een onderzoeksplicht heeft ten aanzien van het bestaan van het bedrijf. Als hij hieraan heeft voldaan, dan moet hij een beroep kunnen doen op de bescherming van art. 3:11. Het ligt op de weg van de echtgenoten ervoor te zorgen dat de werkelijkheid binnen een redelijke termijn in overeenstemming wordt gebracht met de juridische situatie.

Beëindiging van de bestuurswisseling doordat niet langer een gemeenschapsgoed voor de bedrijfsuitoefening wordt gebruikt dat eigenlijk onder het bestuur staat van de andere echtgenoot, levert jegens derden waarschijnlijk weinig problemen op. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen als de bedrijfsuitoefening niet meer het gebruik van de oude bromfiets vereist, omdat een ander vervoermiddel wordt aangeschaft op naam van de bedrijfsvoerende echtgenoot. In dat geval kunnen derden waarnemen dat de bedrijfsvoering dat goed niet meer betreft en moeten daar dan uit afleiden dat de oude bestuursverdeling met betrekking tot dit goed weer herleeft.

8.3.2 Echtgenoten buiten de wettelijke gemeenschap gehuwd, veranderen de bestuursverdeling

Voor echtgenoten die niet in de wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd, zijn er veel minder mogelijkheden om de andere echtgenoot bestuursbevoegd te maken over een goed waarvan eerst de andere echtgenoot het bestuur had. Bestuursovereenkomsten en bestuurswisselingen door het uitoefenen van een bedrijf zijn in de zevende titel van Boek 1 BW geregeld, welke alleen geldt voor echtgenoten die in de wettelijke gemeenschap zijn gehuwd. Desondanks blijven er een aantal mogelijkheden over.

A. BESTUURSWISSELING VIA OVERDRACHT VAN BEPAALDE GOEDEREN VAN HET ENE NAAR HET ANDERE PRIVÉVERMOGEN

Deze wijze van bestuursverandering is ook mogelijk bij buiten gemeenschap gehuwde echtparen.⁷⁶ De goederen gaan door een gewone overdracht ex art. 3:84 over op de andere echtgenoot en komen dan terecht in diens vermogen. De leveringsvorm zal vaak die der zogenaamde ‘levering sine manu’ zijn, omdat de goederen in de regel reeds in gemeenschappelijk gebruik zijn.⁷⁷ De verkrijgende echtgenoot wordt hierdoor bestuursbevoegd over de

⁷⁵ Zo ook Lubbers/Hidma, aant. 6a bij art. 97.

⁷⁶ Zie voor de bespreking van dit middel bij echtgenoten die in gemeenschap zijn gehuwd, onderdeel 8.3.1 sub a). Daar worden enkele bedenkingen tegen deze wijze van overdracht besproken, die hier analoog van toepassing zijn.

⁷⁷ Zie HR 18 februari 1966, NJ 1967 109 mnt. JHB (Goubitz/Klinger), tegenwoordig te kwalificeren als variant van art. 3:115 sub a of b, aldus Pitlo/Reehuis-Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 377.

verkregen goederen ex art. 1:90 lid 1. Bij registergoederen vindt de overdracht plaats door de inschrijving van een notariële transportakte waardoor de overdracht ook jegens derden kenbaar is.

Bij goederen die onder een uitsluitingsclausule zijn verkregen zou men dezelfde bedenkingen kunnen hebben ten aanzien van de overdracht aan de andere echtgenoot ten titel van schenking, maar ik denk dat deze met dezelfde redenering als bij echtgenoten in de wettelijke gemeenschap mogelijk is. Ten aanzien van schenkingen tussen echtgenoten geldt ook hier de vorm van huwelijkse voorwaarden, art. 1:146, maar dit artikel zal waarschijnlijk worden afgeschaft in het kader van de herziening van het schenkingsrecht.

Voor derden gelden de gewone derdenbeschermingsmaatregelen, zie hoofdstuk 3, met inbegrip van art. 1:92 voor roerende zaken. Dit artikel is hier mijns inziens onverkort van toepassing omdat deze overdracht, mits zij niet ten titel van schenking is geschied en is voldaan aan de vereisten van art. 1:146, niet apart in een register wordt gepubliceerd waardoor verkrijgers van deze goederen gewaarschuwd moeten zijn. Slechts als het een formele schenking is geweest, dan moet deze in huwelijksvoorwaarden zijn neergelegd.⁷⁸ Voor geschonken goederen die door de schenker alsnog worden vervreemd of ten aanzien waarvan de schenker andere bestuurshandelingen verricht, gelden de reeds uiteengezette regels inzake de publicatie van huwelijkse voorwaarden.

B. OVERLATEN VAN BESTUUR, ART. 1:90 LID 3 BW

Dit is ook mogelijk bij echtgenoten die niet in de wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd. De rechtsgevolgen zijn vergelijkbaar met die van het in gemeenschap gehuwde echtpaar. Beide echtgenoten zijn dan bestuursbevoegd voorzover het bestuur is overgelaten. Dit zal ook bij deze echtgenoten aansluiten bij de dagelijkse gang van zaken. De positie van derden is vergelijkbaar met die van de wederpartij bij een echtpaar dat in gemeenschap is gehuwd, zie het vorige onderdeel onder c).

C. BESTUURSOPDRACHT, ART. 1:91 BW

De rechter moet natuurlijk ook bij deze echtparen kunnen ingrijpen als een der echtgenoten om welke reden dan ook niet zelf het bestuur over zijn goederen kan uitoefenen. Het betreft weliswaar de privégoederen van die echtgenoot, maar in de praktijk zal dit vaak ook gevolgen hebben voor de andere echtgenoot die er belang bij heeft, dat de zaken naar behoren worden geregeld.⁷⁹ In grote lijnen zijn de rechtsgevolgen van de bestuursopdracht vergelijkbaar met die bij een echtpaar in gemeenschap van goederen. De echtgenoot aan wie het bestuur is opgedragen is vertegenwoordiger van de

⁷⁸ Het lijkt erop dat dit artikel bij de herziening van het schenkingsrecht ook afgeschaft zal worden.

⁷⁹ Zie voor algemene opmerkingen over de bestuursopdracht de bespreking in het vorige onderdeel sub d).

andere echtgenoot. Hij kan als vertegenwoordiger een goed voor de bestuurs-onbevoegd verklaarde verkrijgen, die dientengevolge eigenaar wordt. Een bijzonderheid kan optreden als de bestuursbevoegde echtgenoot een gemeenschapsgoed ex titel 3.7 BW wil vervreemden. Hij zal dan ‘met twee petten op’ moeten handelen: enerzijds voor zichzelf en anderzijds als vertegenwoordiger van de onbevoegd verklaarde. Het lijkt mij dat bij de vervreemding van roerende zaken de vertegenwoordiging vaak impliciet zal plaatsvinden, mede gezien het feit dat de bezitsoverdracht ook voor het medebezitsaandeel van de onbevoegd verklaarde plaatsvindt. Bij registergoederen zal het gecombineerde optreden analoog kunnen plaatsvinden als bij andere gevallen waar een van de mede-eigenaren mede namens de anderen optreedt. De situatie hier is in zoverre bijzonder dat de onbevoegde geen medewerking hoeft te verlenen, omdat de bevoegde echtgenoot dat niet nodig heeft. In het vaker voorkomende geval dat buiten de huwelijkssituatie een van de mede-eigenaren mede namens de anderen optreedt, zullen deze hem via volmachten daartoe hebben gerechtigd.

Bestuurshandelingen die worden gepleegd door de bestuursonbevoegde echtgenoot leveren bestuursoverschrijdingen op waartegen derden eventueel op de reeds in het vorige onderdeel aangegeven wijze kunnen worden beschermd, mits zij aan de voorwaarden voldoen.

Voor de beëindiging van de bestuursopdracht bij buiten gemeenschap gehuwden verwijs ik eveneens naar de bespreking in het vorige onderdeel van de bestuursopdracht in het kader van de wettelijke gemeenschap.

8.4 Bijzonderheden bij hertrouwende echtgenoten

De wet heeft een bijzondere bepaling gewijd aan echtgenoten die met elkaar willen hertrouwen. Ex art. 1:166 herleven bij het nieuwe huwelijk de rechtsgevolgen van het voorgaande huwelijk maar wordt de geldigheid van de tussen de huwelijken verrichte rechtshandelingen naar de toenmalige situatie beoordeeld. Waarschijnlijk mede om misbruik te voorkomen, heeft de wetgever bepaald dat indien deze echtgenoten de tweede keer met huwelijkse voorwaarden willen trouwen, deze ex art. 1:119 aan rechterlijke goedkeuring zijn onderworpen.

Blijkens de jurisprudentie proberen echtgenoten wel eens om op deze wijze onder aansprakelijkheid voor schulden uit te komen. Dit aspect zal in hoofdstuk 14 worden behandeld. Nu wordt de aandacht voor een kort moment gericht op de goederenrechtelijke aspecten van het hertrouwen.

HET EERSTE HUWELIJK WAS GESLOTEN ZONDER HUWELIJKSE VOORWAARDEN
Als de echtgenoten voor de eerste echtscheiding in gemeenschap van goede-

ren waren gehuwd, dan is na de beëindiging van het huwelijk op de ontbonden maar nog niet verdeelde gemeenschap de bestuursregeling van art. 3:170 van toepassing, zie art. 3:189, waardoor de echtgenoten slechts gezamenlijk bevoegd zijn.⁸⁰

Stel dat de echtgenoten daarna weer willen hertrouwen in de wettelijke gemeenschap. Dat betekent dat vanaf de datum van de nieuwe huwelijksluiting weer de algehele gemeenschap van goederen geldt met de bestuursregeling van art. 1:97 j° 90. Derden worden, vergelijkbaar met de situatie dat het paar voor de eerste keer trouwt, geacht met de huwelijksluiting bekend te zijn.

Het kan voorkomen, dat de oude gemeenschapsgoederen weer in de nieuwe gemeenschap vallen, indien de oude gemeenschap nog niet was verdeeld. Wie is daarover dan bestuursbevoegd? Bij gebreke aan een keuze door de wetgever kan men daarbij twee redeneringen volgen. Ten eerste zou men uit de zinsnede, dat de gevolgen van het huwelijk herleven alsof er geen echtscheiding was geweest, kunnen afleiden, dat ook de oude bestuursverdeling herleeft, voorzover de toen aanwezige goederen nog steeds aanwezig zijn. Anderzijds zou men ook de hoofdregel van art. 1:97 kunnen volgen dat degene het bestuur heeft die een goed inbrengt in de gemeenschap van goederen. Ten tijde van de tweede huwelijksluiting bevonden de goederen zich nog in de onverdeelde gemeenschap, waardoor het goed van de kant van beide echtgenoten in de nieuwe gemeenschap valt. Voor beide opvattingen is iets te zeggen. Persoonlijk kies ik voor de eerste omdat zij mijns inziens het beste aansluit bij de idee dat het tweede huwelijk een voortzetting is van het eerdere.

Heeft de keuze ook nog gevolgen voor de goederen die reeds zijn verdeeld in de periode tussen de twee huwelijken? Het lijkt mij dat in de tweede opvatting degene aan wie het goed is toegescheiden, na de hernieuwde huwelijksluiting bestuursbevoegd wordt. Aangezien op deze wijze wellicht allerlei andere aspecten dan de inbreng van de goederen in de oude gemeenschap een rol bij de verdeling spelen, werken deze dan in het tweede huwelijk door. Dit lijkt mij geen goede oplossing. De eerste theorie heeft als bijkomend voordeel dat de bestuursbevoegdheid door een tussentijdse verdeling van de goederen bij het hertrouwen niet wordt beïnvloed. Deze verdient ook daarom mijn voorkeur. Dit heeft overigens ook als consequentie dat direct bij het begin van het tweede huwelijk een dan nog steeds bestaande bestuurswisseling door bedrijfsuitoefening weer haar werking gaat ontvouwen, maar dat is niets uitzonderlijks omdat dit ook kan gebeuren als echtgenoten ten tijde van hun eerste huwelijksluiting feitelijk deze bedrijfsuitoefening reeds waren begonnen.⁸¹

80 Zie voor een andere setting waarin deze regeling ook geldt onderdeel 8.1.

81 Zie hiervoor de bespreking bij onderdeel 5.3,

Helaas is door de Hoge Raad op dit punt nog niets beslist. A-G Moltmaker stelt in zijn conclusie voor een Hoge Raad-arrest uit 1992⁸² over het rechtskarakter van een vordering uit onverschuldigde betaling wegens onterecht ontvangen werkloosheidsuitkeringen, dat indien echtgenoten bij het tweede huwelijk voor een regime van uitsluiting kiezen, de aandelen uit de ontbonden maar nog niet verdeelde goederengemeenschap van het eerste huwelijk in het privévermogen van de echtgenoten in tweede echt vallen. Dit is begrijpelijk voor deze variant, maar zegt mijns inziens niets over de situatie die optreedt als de echtgenoten ook in tweede echt in de wettelijke gemeenschap trouwen. Pas dan hebben zij te maken met hetzelfde regime als in het vorige huwelijk en moet men de keuze maken of men aan de tussentijdse ontbinding van de gemeenschap enige waarde wil toekennen.

HET EERSTE HUWELIJK WAS GESLOTEN ONDER UITSLUITING VAN DE WETTELIJKE GEMEENSCHAP

In dit geval kunnen de bovengenoemde complicaties niet optreden omdat er geen boedelmenging heeft plaatsgevonden, die tijdelijk ongedaan moet worden gemaakt. Probleemloos kan het privévermogen van elk der echtgenoten doorlopen in het tweede huwelijk als zij onder hetzelfde regime willen voortleven, of in de gemeenschap vallen als zij intussen bij huwelijkse voorwaarden ex art. 166 zijn overgegaan tot de wettelijke gemeenschap bij het tweede huwelijk.

82 HR 15 mei 1992, NJ 1993 486 mnt. EAAL, zie onderdeel 2.2.4. van de conclusie.

Goederenrechtelijke gevolgen van veranderingen in het huwelijksvermogensregime of in de bestuursverdeling staande huwelijk naar intern Duits recht

Anders dan het Nederlandse recht kent het Duitse geen verschil qua vormvereisten tussen huwelijksvoorwaarden vóór en staande huwelijk. Steeds is een notariële akte vereist, § 1410. Een rechterlijke toets zoals art. 1:119 BW deze voorschrijft, kent het Duitse recht niet. Zoals in hoofdstuk 15 verder wordt uitgewerkt, hebben schuldeisers die door de verandering van regime worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden in bepaalde gevallen het recht op ‘Anfechtung’ (actio pauliana).

Inschrijving in het Güterrechtsregister is noodzakelijk om de inhoud aan derden te kunnen tegenwerpen die niet op de hoogte zijn van de verandering, § 1412.¹ Deze bepaling kent geen overgangstermijn zoals art. 1:120 lid 2 deze voor het Nederlandse recht geeft. Is een regime ingeschreven in het Güterrechtsregister dan kan dit direct aan derden worden tegengeworpen.

9.1 Verandering van Zugewinnngemeinschaft naar Gütertrennung

Aangezien de Gütertrennung in het Duitse huwelijksgoederenrecht een soort vangnet-regime is, zie onderdeel 7.1, kan de overgang niet alleen plaatsvinden doordat echtgenoten er daadwerkelijk voor kiezen, maar ook doordat zij zoveel elementen van de Zugewinnngemeinschaft elimineren, dat de Gütertrennung ‘overblijft’. Ik zal eerst de wijziging via een expliciete afspraak in een Ehevertrag behandelen. Daarna komen de eliminatie-gevallen aan de orde.

9.1.1 Verandering door opname van de regimewijziging in een Ehevertrag

In het Duitse recht hebben echtgenoten de mogelijkheid om in een Ehevertrag de Zugewinnngemeinschaft te vervangen door Gütertrennung. Dit is goederenrechtelijk gezien een eenvoudige verandering omdat er al scheiding van goederen tussen de echtgenoten bestond zodat geen boedelscheiding of ver-

¹ BGH 14 april 1976, MDR 1976, p. 826.

andering van bestuursverdeling aan de orde is.

Na de wijziging hebben de echtgenoten dan wel de mogelijkheid om transacties alléén te verrichten waar voordien de toestemming van de partner voor was vereist (§§ 1365 en 1369, zie onderdeel 13.1). Als een echtgenoot een dergelijke overeenkomst alléén aangaat, dan is deze geldig, ook al verkeerde de wederpartij in de veronderstelling dat toestemming zou zijn vereist en dat daarom nietigheid of vernietigbaarheid dreigde. Op grond van het daadwerkelijk geldende regime is immers geen toestemming nodig.² Er komen geen bevoegdheidsbeperkingen bij.

9.1.2 Verandering als gevolg van een uitsluiting van de Zugewinnngemeinschaft of van de Zugewinnausgleich, § 1414 BGB

De verandering van Zugewinnngemeinschaft naar Gütertrennung treedt krachtens § 1414 ook op als partijen alleen het wettelijk stelsel uitsluiten zonder daar duidelijk iets voor in de plaats te stellen. Ook indien echtgenoten de Zugewinnausgleich uitsluiten en niet bepalen dat zij voor het overige in de Zugewinnngemeinschaft willen gehuwd blijven, gaat voor hen de Gütertrennung gelden. Voor derden heeft dit dezelfde gevolgen als onder 9.1.1.

9.1.3 Overgang naar de Gütertrennung als gevolg van uitsluiting van de Versorgungsausgleich, § 1414 BGB

De overgang naar de Gütertrennung treedt ook op wanneer echtgenoten, die in de Zugewinnngemeinschaft waren gehuwd, in een Ehevertrag de Versorgungsausgleich³ uitsluiten en niet bepalen dat de Zugewinnngemeinschaft voor het overige in stand moet blijven, § 1414.⁴ In de literatuur is een discussie gevoerd of uitsluiting van de Versorgungsausgleich⁵ in strijd is met § 138 (goede zeden) en daarom nietig is.⁶ Dit zal zelden het geval zijn, omdat in dat geval reeds ten tijde van het opmaken van de huwelijkse voorwaarden bekend zou moeten zijn, dat de ene partner misbruik van recht pleegt om de andere

2 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 9 bij § 1412; zo ook BGB-RGRK-Finke Anm. 6 bij § 1389. Enigszins anders Kniebes/Kniebes, DNotZ 1977, p. 283-284, die inschrijving in het Güterrechtsregister eisen om Gütertrennung aan derden te goeder trouw te kunnen tegenwerpen. Ook de BGH vindt inschrijving noodzakelijk, omdat het register niet alleen een beschermingsfunctie heeft maar ook inzicht in het huwelijksgoederenrecht van echtgenoten mogelijk maakt, BGH 14 april 1976, FamRZ 1976, p. 443, NJW 1976, p. 1268 met noot Wolfgang Gottschalg, p. 1741-1742; MDR 1976, p. 826, BGHZ 66, p. 203; OLG Schleswig, 10 april 1995, NJW-RR 1995, p. 134.

3 Een wettelijke vorm van pensioenverevening die in beginsel geldt ongeacht het toepasselijke huwelijksgoederenregime.

4 Voor een bespreking van deze mogelijkheid zie Zöllner, FamRZ 1965, p. 117.

5 Deze uitsluiting komt in de literatuur en jurisprudentie in verschillende varianten voor, maar deze laat ik onbesproken omdat zij te ver van mijn onderwerp zijn verwijderd, zie daarvoor Langenfeld, FamRZ 1994, p. 203 met verdere verwijzingen; Schwab, DNotZ 1977, Sonderheft, p. 62-64.

6 Hoffmann, NJW 1977, p. 235-236; Reinartz, NJW 1977, p. 82-83.

partner ernstig te benadelen. Het BGH heeft ook in een geval waarin de echtgenoten slechts kort waren gehuwd en de ene echtgenoot alleen instemde om het huwelijk voort te zetten mits de andere echtgenoot zou instemmen met een Ehevertrag houdende o.a. de uitsluiting van de Versorgungsausgleich, aangenomen dat hier geen strijd met de goede zeden in de zin van § 138 BGB aanwezig was.⁷

Ook de notaris zal proberen om dit te voorkomen door de echtgenoten te waarschuwen als zij verschijnen om de huwelijkse voorwaarden op te maken. Hij zal niet aan zijn 'Belehrungspflicht' ex § 17 BeurkG kunnen voldoen als de toestemming van de door benadeling bedreigde echtgenoot in een volmacht is gegeven, omdat de volmacht niet notarieel hoeft te zijn, zie § 167 lid 2. Het feitelijke gevolg van deze bepaling is hier dat de echtgenoten niet beiden in persoon voor de notaris verschijnen, waardoor het persoonlijk contact waarin de 'Belehrung' moet plaatsvinden niet tot stand komt.⁸

Mocht zich inderdaad een geval voordoen dat de Ehevertrag nietig is wegens strijd met de goede zeden⁹ dan kan dit derden in moeilijkheden brengen. § 1412 beschermt hen niet als zij te goeder trouw afgaan op een inschrijving van de uitsluiting van de Versorgungsausgleich, die later nietig blijkt te zijn. Zij kunnen zich er niet jegens de echtgenoten op beroepen dat zij denken dat Gütertrennung het geldende regime is.¹⁰ Zij hebben dan onverwacht toch te maken met de reeds genoemde toestemmingseisen die horen bij de Zugewinngemeinschaft.

VOORWAARDEN EN TIJDSBEPALINGEN BIJ DE UITSLUITING VAN DE VERSORGUNGS AUSGLEICH

Men neemt aan dat ook een voorwaardelijke uitsluiting van de Versorgungsausgleich mogelijk is.¹¹ Op deze wijze wordt pas later duidelijk of de uitsluiting inderdaad tot stand komt. Om conflicten voor derden uit te sluiten, wordt

7 BGH 2 oktober 1996, FamRZ 1997, p. 156, MDR 1997, p. 264.

8 Of de notaris voldoet aan zijn Belehrungspflicht als hij slechts degenen voorlicht die voor hem verschijnen, of dat hij de formeel bij de rechtshandeling betrokken partijen moet voorlichten, is in het Duitse recht omstreden, zie Huhn/von Schuckmann, Beurkundungsgesetz, § 17, Randnr. 52.

9 Zie voor een algemeen criterium: BVerfG 19 oktober 1993, NJW 1994, p. 36. Voor een voorbeeld van onzedelijke huwelijkse voorwaarden in de zin van § 138 zie OLG Karlsruhe 7 maart 1990, NJW-RR 1991, p. 452. In dat geval had de echtgenote na 25 jaar huisvrouw te zijn geweest, in een Ehevertrag in het zicht van echtscheiding, afstand gedaan van de rechten op Zugewinnausgleich en Versorgungsausgleich. Zie ook OLG Stuttgart 23 november 1982, DNotZ 1983, p. 693, mnt. Kanzleiter; AmtsG Lörrach 8 juli 1994, FamRZ 1994, p. 1456, waar o.a. is afgesproken dat de vrouw enkele jaren substantiële bedragen aan de man moet betalen totdat zij een gezond kind baart. In het geval van OLG Koblenz 5 februari 1996, NJW-RR 1996, p. 901, is aangenomen dat een grove wanverhouding tussen de verplichtingen van beide echtgenoten pas leidt tot strijd met § 138 BGB indien de bevoordeelde echtgenoot een zwakkere positie van de andere echtgenoot "bewußt oder grob fahrlässig ausnutzt".

10 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 3 bij 1412, leidt dit af uit de negatieve bescherming die het Güterrechtsregister geeft, anders dan het Grundbuch.

11 Kniebes/Kniebes, DNotZ 1977, p. 285-286; Reinartz, NJW 1977, p. 83; Langenfeld, FamRZ 1994, p. 203.

geadviseerd dat echtgenoten duidelijk in de Ehevertrag aangeven welk regime zij wensen. In de literatuur is omstreden of door de uitsluiting van de Versorgungsausgleich een wijziging van Gütertrennung naar Zugewinn-gemeinschaft optreedt. Het is voor derden wel van belang dat dit duidelijk is maar men kan niet zeggen dat onzekerheid op dit punt tot ongeldigheid van de Ehevertrag zou leiden.¹²

Wat is de positie van de onfortuinlijke derde die met zo'n echtpaar te maken heeft? Hij heeft als voordeel boven de derde die te maken krijgt met de ongeldigheid op grond van § 1408 lid 2, dat de voorwaarde of tijdsbepaling in het Güterrechtsregister is ingeschreven. Theoretisch kan hij de voorwaarde of tijdsbepaling kennen, net als andere voorwaarden of tijdsbepalingen die in een Ehevertrag mogelijk zijn.¹³ In het geval dat de derde niet wordt beschermd door § 1412, leidt verkrijging zonder toestemming van de andere echtgenoot in de tussenliggende periode tot verkrijging van het goed onder ontbindende voorwaarde, § 161 lid 2 en 3, of onder tijdsbepaling, § 158 e.v.¹⁴ Indien de Versorgungsausgleich uiteindelijk wel tot stand komt (de uitsluiting is nietig gebleken), dan zijn alleen beschikkingen die volgens de vereisten van de Zugewinn-gemeinschaft zijn verricht, dus met de vereiste toestemming van de andere echtgenoot in de zin van §§ 1365 en 1369, geldig.

TERUGWERKENDE KRACHT VAN EEN NIETIGE VERANDERING EX § 1408 LID 2 JO § 1414 BGB

Schwab¹⁵ wijst op een ongelukkige constellatie: als de wijziging ingevolge § 1414 niet doorgaat omdat een echtscheidingsprocedure¹⁶ wordt ingesteld binnen één jaar na het sluiten van de Ehevertrag waarin die uitsluiting was overeen gekomen, § 1408 lid 2, dan zou men terugwerkende kracht aan die nietigheid moeten toekennen. Achteraf gezien blijken de echtgenoten dan gehuwd te zijn in het goederenregime dat gold vóór de uitsluiting van de Versorgungsausgleich. Schwab noemt dit terecht een
“ganz unsinniger Rechtszustand.”

Hij geeft als advies ter voorkoming van deze ongewenste ontwikkeling aan dat echtgenoten expliciet moeten aangeven welk goederenregime zij wensen en dit ook duidelijk maken in de huwelijksvoorwaarden. Mocht dan, doordat daarna te snel de echtscheiding wordt gevorderd,¹⁷ een probleem ontstaan aangaande de geldigheid van de uitsluiting van de Versorgungsausgleich, dan

12 Zie Langenfeld, DNotZ 1985, p. 173 e.v. met verdere verwijzingen

13 In het Duitse recht is in het algemeen het sluiten van een Ehevertrag onder voorwaarde of tijdsbepaling mogelijk. Zie Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 624; Staudinger-Thiele § 1408 Rn 32 met een beroep op o.a. OLG Celle 25 augustus 1961, FamRZ 1961, p. 446.

14 Kniebes/Kniebes, DNotZ 1977, p. 288 met verwijzingen naar andere auteurs.

15 DNotZ 1977, Sonderheft, p. 66.

16 Kniebes/Kniebes, DNotZ 1977, p. 288, wijzen erop dat irrelevant is of de echtscheiding ook wordt doorgezet. Het starten van de procedure is al voldoende voor toepasselijkheid van § 1408 lid 2.

17 Zie hierover Hohloch, NJW 1995, p. 305 met verwijzingen.

staat in ieder geval vast, ook jegens derden, welk regime geldt (partiële nietigheid, § 139).

Maar hiermee wordt niet beantwoord, wat de positie van de derde is die handelt met een der echtgenoten die door een uitsluiting van de Versorgungsausgleich in Gütertrennung schijnt te leven, terwijl achteraf gezien door de werking van § 1408 lid 2 de Zugewinnngemeinschaft geldt. Ook in dit geval wordt de wederpartij van de echtgenoot niet beschermd. § 1412 beschermt immers niet het vertrouwen op het feit dat het ingeschreven stelsel nog steeds geldt.¹⁸ Ten aanzien van de beschikkingsbevoegdheid levert alleen de toepasselijkheid van de bevoegdheidsbeperkingen van § 1365 en § 1369 eventueel problemen op.¹⁹ Zie voor de toepasselijkheid van deze bepalingen onderdeel 13.1.

9.1.4 Verandering doordat een voortijdige Zugewinnausgleich wordt bewerkstelligd

Onder bepaalde voorwaarden, aldus §§ 1385 en 1386,²⁰ kan een echtgenoot vorderen dat een vervroegde Zugewinnausgleich plaats vindt. Als deze vordering wordt toegewezen, treedt daarna van rechtswege het regime van Gütertrennung in werking, § 1388. Het verschil met de situatie in 9.1.1 is dat daar echtgenoten samen besluiten de overstap te maken van de Zugewinnngemeinschaft naar de Gütertrennung, terwijl zich deze overgang hier voltrekt op instigatie van een echtgenoot. Met het vonnis eindigt de Zugewinnngemeinschaft van rechtswege zonder dat de andere echtgenoot daarvan op dat moment op de hoogte hoeft te zijn.

In de opvatting van het BGH is inschrijving toegestaan van alle huwelijks-goederenrechtelijke feiten die aan derden kunnen worden tegengeworpen of anderszins voor het rechtsverkeer interessant zijn.²¹ Daardoor kan ook deze verandering in het register worden ingeschreven. Voor derden uit zich deze overgang met name in het feit dat erna de toestemmingsvereisten van de Zugewinnngemeinschaft niet meer gelden, zie onderdeel 9.1.1.

18 Zie voor details MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 34 bij § 1408, Randnr. 7 bij § 1414.

19 Langenfeld, DNotZ 1985, Sonderheft, p. 181, pleit voor afschaffing van de regel van § 1408 lid 2. Hij zou liever een ruimere gerechtelijke toestemmingverlening voor echtscheidingsconvenanten met betrekking tot de Versorgungsausgleich (§ 1587o) zien waardoor het niet meer aantrekkelijk zou zijn om de omweg via de Ehevertrag te bewandelen.

20 De daar genoemde gronden voor een dergelijke vordering zijn het feit dat de andere echtgenoot een § 1365-transactie heeft voorgenomen zonder toestemming te vragen of het vermogen heeft vermindert door een van de handelingen van § 1375 (onverplichte schenkingen, verkwisting of handelingen met de bedoeling om de andere echtgenoot te benadelen), waarbij een reële kans bestaat dat daardoor de uitbetaling van de Zugewinnvordering in gevaar komt. Ook na drie jaren gescheiden te hebben geleefd, kan een dergelijke actie worden ingesteld, § 1385.

21 BGH 14 april 1976, BGHZ 66, p. 203, NJW 1976, p. 1258, mnt. Wolfgang Gottschalg, p. 1741, FamRZ 1976, p. 443, MDR 1976, p. 826, zie onderdeel 6.3.

9.2 Verandering van Zugewinnngemeinschaft naar Gütergemeinschaft

Deze verandering houdt in dat, na afrekening van de Zugewinnausgleich zoals deze verschuldigd is op dat moment, beide echtgenoten al hun goederen in de gemeenschap inbrengen, tenzij de goederen zullen behoren tot het Vorbehalts- of Sondergut van een der echtgenoten. Ook al hetgeen zij zullen verkrijgen valt, met dezelfde beperking, in de gemeenschap. De overgang naar het Gesamtgut vindt plaats krachtens boedelmenging, deels komt (eventueel) een aantal goederen in het Sondergut van de echtgenoot die daarvoor ook al eigenaar van deze goederen was. In de Ehevertrag kunnen echtgenoten eventueel via aanwijzing van Vorbealtsgut bepaalde goederen buiten de gemeenschap houden. Normaliter zullen deze goederen gaan behoren tot het privévermogen van de echtgenoot die daarvoor al eigenaar van de goederen was. Indien echtgenoten goederen in het Vorbealtsgut van de echtgenoot niet eigenaar willen doen overgaan, moet eerst een overdracht plaatsvinden.

Over al hun privégoederen blijven de echtgenoten bestuursbevoegd.²² Ten aanzien van het gemeenschappelijke vermogen liggen grote wijzigingen in de bestuursbevoegdheid besloten. Afhankelijk van een eventuele afspraak tussen echtgenoten, zie onderdeel 6.2, geldt vanaf het moment dat de Gütergemeinschaft in werking treedt, gemeenschappelijke Verwaltung of Einzelverwaltung van een der echtgenoten.

OVERGANG NAAR GÜTERGEMEINSCHAFT MET GEMEENSCHAPPELIJKE VERWALTUNG

Bij deze variant verandert de Verwaltung ten aanzien van de gemeenschappelijke goederen en gaan de toestemmingsvereisten van de Gütergemeinschaft gelden. Peildatum voor de bestuursbevoegdheid is ook hier het moment waarop de overgang van de rechten aan het goed aan de derde moet geschieden indien hij geldig is, zie onderdeel 4.1 en hieronder. Indien zich op dat moment de verandering naar de Gütergemeinschaft al heeft voltrokken, heeft de derde te maken met een overdracht die niet door een exclusief beschikkingsbevoegde is verricht. Jegens derden is deze verandering in te roepen volgens § 1412. In dat geval gaat de overdracht niet door tenzij § 878 gaat werken: de overdracht van registergoederen kan doorgang vinden als de onbevoegdheid van de vervreemder pas intreedt als de goederenrechtelijke overeenkomst onaantastbaar is en het verzoek tot inschrijving in het register al is ingediend. Op dat moment heeft de vervreemder al hetgeen gedaan wat tot overdracht noodzakelijk is.²³ Bij roerende zaken en vorderingen bestaat zo'n beschermingsbepaling niet. Als de vervreemder op het moment van de levering beschikkingsonbevoegd is dan gaat de overdracht niet door, tenzij de

22 Bij Sondergut is weinig beschikkingsruimte omdat dit per definitie onoverdraagbaar is.

23 Baur/Stürner, Sachenrecht, p. 185.

andere echtgenoot meewerkt.²⁴

De rechtsgevolgen van ontbrekende medewerking van de andere echtgenoot zijn dan hetzelfde als wanneer er reeds een overgang had plaatsgevonden voordat de transactie door de derde werd overwogen. Voor de gevolgen van de bestuursonbevoegdheid verwijs ik naar onderdeel 6.2.

VERANDERING VAN REGIME TUSSEN HET SLUITEN VAN DE GOEDERENRECHTELIJKE OVEREENKOMST EN DE LEVERING VAN EEN GOED

Wordt de echtgenoot-vervreemder na het sluiten van de goederenrechtelijke overeenkomst door verandering van het regime onbevoegd en wordt de derde *niet* beschermd door § 1412, dan gaat wederom de overdracht niet door, tenzij § 878 ingrijpt bij transacties aangaande onroerende zaken, zie boven.

Als de derde niet op de hoogte was en hoefde te zijn van de verandering van het regime en hij raakt er alsnog van op de hoogte of het feit wordt alsnog in het register ingeschreven tussen het sluiten van de goederenrechtelijke overeenkomst en de leveringsformaliteit dan geldt mijns inziens hetzelfde: op dat moment kunnen de echtgenoten hun beschikkingsonbevoegdheid aan hem tegenwerpen.²⁵ Zij hebben daardoor invloed op de mogelijkheid om onder een eenmaal geldig gesloten overeenkomst uit te komen.

Deze mogelijkheid zal eerder academisch zijn en zich alleen maar voordoen bij registergoederen omdat bij andere soorten goederen meestal direct na het sluiten van de goederenrechtelijke overeenkomst de leveringsformaliteit wordt vervuld. Bij transacties ten aanzien van registergoederen is altijd een notaris al bij de koop betrokken, die partijen op eventuele problemen kan wijzen, aldus § 313. Als de echtgenoten bij een andere notaris de Ehevertrag hebben opgesteld zou het kunnen voorkomen dat de ‘onroerend goed-notaris’ voor een verrassing komt te staan en de verkrijger ineens wordt geconfronteerd met beperkingen uit het nieuwe regime. Zover deze inschrijfbaar zijn in het Grundbuch en echtgenoten deze inschrijving nog niet hebben laten verrichten, wordt de verkrijger beschermd tegen deze gevolgen van de wijziging van het regime, zie § 892.²⁶

VERANDERING NAAR GÜTERGEMEINSCHAFT MET EINZELVERWALTUNG

Ervan uitgaand dat een inschrijving van de regimewijziging in het Güterrechtsregister heeft plaatsgevonden, maakt het voor de derde een groot verschil of hij daarna te maken heeft met de Verwalter dan wel met de andere echtgenoot. In het eerste geval wordt de bevoegdheid van de Verwalter welis-

24 De derde heeft dan alleen rechten uit wanprestatie, zie § 324-326.

25 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 6 bij § 1412.

26 Dit geldt niet voor de daarna in werking tredende toestemmingsvereisten uit het nieuwe regime. Het Grundbuch kan tegen deze absoluut werkende beperkingen niet beschermen. Inschrijving in het Güterrechtsregister laat hen tegen een ieder werken. Zie voor details de bespreking van deze beperkingen in hoofdstuk 15.

waar uitgebreid, omdat hij nu mag ook beschikken over de gemeenschapsgoederen, die naast de door hem ingebrachte goederen ook goederen van de andere echtgenoot omvat, zie onderdeel 6.3.2. Met de verandering van regime gaan dan voor de Einzelverwalter ook de beperkingen van de §§ 1423-1425 gelden, waardoor voor allerlei rechtshandelingen toestemming moet worden verkregen. Deze beperkingen worden in onderdeel 13.2 besproken. Handelt hij daarentegen met de niet-bevoegde echtgenoot dan zal ineens de beschikking ongeldig zijn, zie onderdeel 6.3.2, waarbij ook nog de complicatie van § 935 (abhanden kommen) gaat spelen.

Betreft de transactie daarentegen een onroerende zaak dan zal hier weer de bijzondere Grundbuchbescherming kunnen worden ingeroepen, omdat de derde ervan mag uitgaan dat het Grundbuch de laatste veranderingen weergeeft. Hebben echtgenoten verzuimd om van de regimewijziging aantekening te laten maken, dan mag de derde ervan uitgaan dat de echtgenoten nog steeds in de Zugewinnngemeinschaft zijn gehuwd, en dat alleen moet worden voldaan aan de daarbij behorende toestemmingseisen, maar niet dat ineens de bestuursregeling van de Einzelverwaltung is gaan gelden.

9.3 Verandering van Gütertrennung naar Zugewinnngemeinschaft

Deze verandering kan expliciet in een Ehevertrag worden opgenomen, maar zij treedt ook in indien echtgenoten een einde aan de Gütertrennung maken, omdat dan van rechtswege het wettelijk stelsel herleeft.²⁷ In beide gevallen treden er geen veranderingen op in de beschikkingsbevoegdheid, omdat de Zugewinnngemeinschaft ook is gebaseerd op de scheiding van goederen.²⁸ Ook de bestuursregeling verandert niet, omdat beide echtgenoten hun eigen goederen blijven besturen. Voor derden relevant is alleen het toepasselijk worden van de §§ 1365 en 1369, zie onderdeel 13.1.

9.4 Verandering van Gütertrennung naar Gütergemeinschaft

Daarvoor geldt analoog wat al bij de verandering van Zugewinnngemeinschaft naar Gütergemeinschaft is vermeld.

²⁷ Staudinger-Thiele Vorbem 25 zu § 1414.

²⁸ Het grote verschil tussen de Zugewinnngemeinschaft en de Gütertrennung is immers de Zugewinnausgleich die aan het einde van de Zugewinnngemeinschaft werkt. Tijdens het huwelijk heeft deze geen goederenrechtelijke werking.

9.5 Verandering van Gütergemeinschaft naar Zugewinnngemeinschaft

Deze verandering kan plaatsvinden doordat echtgenoten dit expliciet in een Ehevertrag hebben bepaald. Het kan ook zijn dat een der echtgenoten een vonnis heeft gekregen dat de gemeenschap opheft, maar dan treedt alleen Zugewinnngemeinschaft op als partijen dat waren overeengekomen. Zonder die afspraak zou van rechtswege Gütertrennung intreden nadat het opheffingsvonnis kracht van gewijsde heeft verkregen, zie onderdeel 9.6.2.

BEËINDIGING VAN DE GÜTERGEMEINSCHAFT VEREIST EEN BOEDELSCHIEDING, § 1471. WAT GELDT IN DE TUSSENTIJD?

Het feit dat de gemeenschap van goederen eindigt, betekent nog niet dat het gemeenschappelijk vermogen niet meer zou bestaan. Net als in Nederland moet eerst nog een scheiding en deling van de gemeenschap plaatsvinden. Wel heeft de beëindiging van de gemeenschap van goederen direct tot gevolg dat de Vorbehalts- en Sondergüter hun bijzondere status verliezen. Zij worden gewoon privévermogen van de persoon aan wie zij toekwamen.²⁹

Door het einde van de Gütergemeinschaft treedt van rechtswege gezamenlijke Verwaltung in werking, § 1472. Zolang de echtgenoot-Verwalter te goeder trouw (ook niet 'fahrlässig' onwetend) nog niet op de hoogte is van het einde van de goederengemeenschap (waarbij kennis van het veroorzakende feit, bijvoorbeeld een echtscheiding voldoende is; hij hoeft de juridische gevolgen ervan niet te onderkennen)³⁰ mag hij doorgaan met de Verwaltung, voorzover hij daartoe bevoegd was voor beëindiging van de gemeenschap, § 1472.

Jegens derden is in § 1472 een eigen beschermingsregel geformuleerd: is ook de derde te goeder trouw (dus ook niet 'fahrlässig' onwetend) dan is tussen hen nog niets veranderd: als beide partijen zich gedragen volgens de regels van de oude bestuursregeling, dan is de rechtshandeling geldig. Dat betekent, dat als aan een van de vereisten van § 1423-1425³¹ niet is voldaan, dit dezelfde gevolgen heeft als wanneer de goederengemeenschap niet zou zijn opgeheven.³² Daarnaast geldt voor derden ook de regel van § 1412.

TIJDENS DE OPHEFFING VAN HET GEMEENSCHAPPELIJK VERMOGEN GELDT GEZAMENLIJK BESTUUR; ZAAKSVERVANGING TEN AANZIEN VAN GEMEENSCHAPSGOEDEREN, § 1473

Het gezamenlijk bestuur moet gericht zijn op de liquidatie van het gemeen-

29 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 1 bij § 1471.

30 BGB-RGRK-Finke Anm. 16 bij § 1472; MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 7 bij 1472.

31 Zie hierover onderdeel 13.2.

32 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 7 bij 1472.

schappelijk vermogen.³³ Dit bestuur heeft een ander karakter heeft dan het gemeenschappelijk bestuur van § 1450.³⁴ Deze verandering van Verwaltung kan in het Güterrechtsregister worden ingeschreven; bij ontbreken daarvan geldt § 1412. Inschrijving in het Grundbuch is niet mogelijk omdat geen verandering in de eigendomsverhoudingen optreedt. De goederenrechtelijke gevolgen ontstaan pas door overdracht van de vermogensbestanddelen ter uitvoering van de overeenkomst van boedelscheiding.³⁵

In beginsel vallen alle goederen die de echtgenoten verkrijgen, niet in de gemeenschap. Het kan zijn dat de goederen privé-eigendom worden van de echtgenoot die hen verkrijgt, het kan ook zijn dat de echtgenoten een goed samen verkrijgen, maar dan wordt dat Bruchteilseigentum, zie § 741 en § 1008 e.v., en geen onderdeel van de gebonden gemeenschap.³⁶ Een uitzondering hierop is de zaaksvervangingsregel van § 1473: alles wat verkregen wordt op grond van een recht dat behoort tot de gemeenschap, of dient tot vervanging van een goed uit de gemeenschap dat is beschadigd of vernietigd, of wordt verkregen waarbij goederen uit de gemeenschap als tegenprestatie worden gegeven, behoort weer tot het Gesamtgut.³⁷ Deze goederen vallen weer in het Gesamtgut waarmee wordt bereikt dat de omvang van het Gesamtgut voor de verdeling gewaarborgd wordt.

Voor de periode na de beëindiging van de gemeenschap en vóór de afronding van de boedelscheiding brengt de wet Mitbesitz aan alle gemeenschappelijke goederen met zich mee, voorzover dit is te verenigen met de bestuursuitoefening door beide echtgenoten. Mocht dit niet functioneren dan kan er reden zijn om het bestuur aan een der echtgenoten toe te wijzen.³⁸ Voor de gevolgen daarvan zie onderdeel 4.1. Het gaat met name om beschermingsrechten die een bezitter kan uitoefenen en is natuurlijk ook van belang voor de levering van roerende zaken, waar ineens § 935 (abhandenkommen) een rol kan spelen.

9.6 Verandering van Gütergemeinschaft met gemeenschappelijke Verwaltung naar Gütertrennung

Deze verandering kan door het sluiten van een Ehevertrag met die inhoud plaatsvinden. In dat geval staat de nieuwe situatie voor de echtgenoten dadelijk vast. Het is ook mogelijk dat een der echtgenoten opheffing van de gemeenschap bij vonnis vraagt. In deze variant is het theoretisch mogelijk dat

33 Partijen kunnen in een Ehevertrag ook overeenkomen dat voor deze periode slechts een der echtgenoten Verwalter is, MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 21 bij § 1472.

34 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 2 bij § 1472.

35 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 10 bij § 1471 en Randnr. 14 bij § 1472.

36 BGB-RGRK-Finke Anm. 4 bij § 1473.

37 Palandt/Diederichsen, Randnr. 1 bij § 1473.

38 BGB-RGRK-Finke Anm. 6 bij § 1472; MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 16 bij § 1472.

de andere echtgenoot hier niet dadelijk van op de hoogte is. Mede vanwege deze bijzonderheid zal ik de twee oorzaken van de overgang naar de Gütertrennung gescheiden behandelen.

9.6.1 Verandering door Ehevertrag

In dit geval maken de echtgenoten naast een Ehevertrag waarin het nieuwe regime wordt vastgelegd, ook een boedelscheidingsovereenkomst. Deze gang van zaken verschilt niet veel van de verandering die in het vorige onderdeel is behandeld. Echtgenoten komen hier alleen noch Zugewinnausgleich noch Versorgungsausgleich overeen.

Goederenrechtelijk maakt dat voor derden geen verschil, omdat deze rechtsfiguren pas na het einde van het regime ofwel het huwelijk effect sorteren. Een derde kan hier geen last hebben van het onverwachts opduiken van de bevoegdheidsbeperkingen van §§ 1365/1369: bij de Gütertrennung treden deze niet op.

9.6.2 Verandering door opheffing bij vonnis, § 1470 BGB

§ 1469 geeft aan de echtgenoten in gemeenschap van goederen de mogelijkheid om een vordering in te stellen tot opheffing van de gemeenschap indien aan een van de in die bepaling genoemde gevallen is voldaan.³⁹ Bij toewijzing van die vordering treedt in beginsel Gütertrennung op. Echtgenoten kunnen in een Ehevertrag wel bepalen dat niet Gütertrennung, maar Zugewinnngemeinschaft intreedt.⁴⁰

Jegens derden werkt de verandering alleen indien aan de voorwaarden van § 1412 is voldaan, zie § 1470 lid 2 en § 1561 lid 2 sub 1 voor de vraag wie de inschrijving kan verzoeken. Zie onderdeel 9.5 voor een verdere uitwerking van de gevolgen voor derden.

39 Het betreft gevallen waarin de andere echtgenoot de gemeenschap slecht bestuurt of niet goed zorgt voor het onderhoud van het gezin en daarmee de toekomstige financiële positie van de eisende partij in gevaar brengt, of als een recht van de andere echtgenoot dat uit de gemeenschap van goederen voortvloeit, door een Betreuer wordt uitgeoefend. MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 4 bij § 1469 vindt dat echtgenoten deze opsomming door een afspraak zelf kunnen aanvullen. De heersende leer acht het een uitputtende opsomming. Staudinger-Thiele § 1469 Rn 3; BGB-RGRK-Finke Anm. 17 bij § 1469.

40 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 2 bij § 1470 verwijst naar Randnr. 2 bij § 1449.

9.7 Verandering van Gütergemeinschaft met Einzelverwaltung naar Gütertrennung

9.7.1 Verandering door Ehevertrag

Hiervoor geldt hetzelfde als onder 9.6.1.

9.7.2 Verandering door opheffing bij vonnis, § 1447 en 1449 BGB

De Duitse wet maakt daarbij begrijpelijkerwijs onderscheid naar de partij die de vordering tot opheffing van de gemeenschap instelt omdat de positie van de echtgenoot die de gemeenschap bestuurt, een geheel andere is dan die van de echtgenoot die dat recht niet heeft.⁴¹ Daarom zullen de twee mogelijkheden apart worden besproken.

A. DE NIET-VERWALTER STELT DE VORDERING IN, § 1447 BGB

Deze echtgenoot kan onder de in deze bepaling genoemde omstandigheden een vordering tot opheffing van de gemeenschap instellen. De in § 1447 genoemde gronden zijn een uitputtende opsomming.⁴² Het betreft onvermogen van de besturende echtgenoot tot het bestuur of misbruik van diens bestuursbevoegdheid, schending van de onderhoudsverplichtingen jegens het gezin en een bedreiging van het onderhoud voor de toekomst, een dermate hoge belasting van de gemeenschapsgoederen door schulden zodat gevaar bestaat dat de andere echtgenoot bij de boedelscheiding niet meer het hem toekomende deel van de op dat moment bestaande gemeenschap⁴³ zal kunnen krijgen,⁴⁴ en in het geval dat de Verwaltung van het Gesamtgut gaat behoren tot de werkring van de Betreuer⁴⁵ van de andere echtgenoot.

Dit recht van de niet-verwaltende echtgenoot kan niet worden beperkt of worden uitgesloten, maar het is aan hem overgelaten of hij de vordering wil

41 Voor de bevoegdheden in dat geval zie onderdeel 6.3.2.

42 BGH 19 december 1958, BGHZ 29, p. 129-133, waar de opzegging van een samen met de Gütergemeinschaft overeengekomen erfovereenkomst niet voldoende werd geacht om ook van de overeenkomst tot Gütergemeinschaft af te komen. Staudinger-Thiele § 1447 Rn 29 en MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 21 bij § 1447 met verdere verwijzingen, zien dit, anders dan de heersende leer, niet als een uitputtende opsomming van redenen en zijn van mening dat echtgenoten daar zelf nog andere gronden aan zouden kunnen toevoegen.

43 Door BGB-RGRK-Finke Anm. 8 bij § 1447 zo mooi 'dessen im Gesamtgut verkörperte Vermögensrechte' genoemd.

44 De BGH heeft hieronder ook het geval begrepen dat de man met een andere vrouw (al de derde geliefde, zoals het arrest vermeldt) samenleefde in de echtelijke woning, BGH 21 maart 1951, BGHZ 1, p. 313. BGB-RGRK-Finke Anm. 8 bij § 1447, wijst erop dat de rechter mede naar het handelen van de echtgenoot in het algemeen kijkt, maar deze bedreiging van de belangen van de niet-verwaltende echtgenoot kan ook al ontstaan door een enkele onvoordelige transactie.

45 Per 1 januari 1992 is de curatele in Duitsland afgeschaft. Daarvoor in de plaats komt de Betreuung, § 1896 e.v. BGB. Daarbij kan voor elk geval apart worden bepaald, welke rechtshandelingen de Betreute nog zelf mag verrichten, en welke door de Betreuer worden overgenomen. Zie hiervoor Schwab, FS Gernhuber, p. 815 e.v.

instellen indien aan alle vereisten is voldaan.⁴⁶

B. DE VERWALTER STELT DE VORDERING IN, § 1448 BGB

Deze echtgenoot behoeft veel minder bescherming dan de andere, die geen bestuursbevoegdheid heeft. Alleen in het geval dat deze zoveel schulden maakt die op de gemeenschap kunnen worden verhaald⁴⁷ en intern ten laste van de Verwalter komen, zodat bij de boedelscheiding de Verwalter niet meer het hem toekomende uit de gemeenschap zal kunnen verkrijgen, is er plaats voor ingrijpen van de Verwalter.

Zodra het vonnis in gewijsde is gegaan,⁴⁸ treedt de Gütertrennung in werking. Deze kan jegens derden alleen worden ingeroepen overeenkomstig § 1412, dus indien het vonnis is gepubliceerd in het register overeenkomstig § 1561 lid 2 sub 1, of als derden langs andere weg ervan op de hoogte zijn, aldus § 1449 lid 2.

9.8 Überlassung der Vermögensverwaltung, § 1413 BGB

In het Duitse recht bestaat de mogelijkheid dat een echtgenoot geen gebruik maakt van zijn Verwaltungsrecht en dit overlaat aan de andere echtgenoot. Dit wordt gezien als een vormvrije overeenkomst.⁴⁹ Zij kan ook stilzwijgend worden aangegaan, doordat de bevoegde echtgenoot het beheer over zijn vermogen gedurende een bepaalde tijd aan de ander feitelijk overlaat. Het is omstreden of het daarbij moet gaan om het hele vermogen, althans een substantieel deel ervan. Het beheer over slechts een enkel vermogensbestanddeel dat niet een groot deel van het vermogen van de betreffende echtgenoot uitmaakt, valt niet onder deze regeling, aldus sommige schrijvers.⁵⁰ Kanzleiter⁵¹ wijst erop dat het bestaan van een zodanige overeenkomst niet te snel mag worden aangenomen, omdat daar ook een aansprakelijkheid van de bestuurder uit volgt.⁵²

Indien hij dat wenst, kan de overlatende echtgenoot het beheer weer zelfstandig uitoefenen en de Überlassung beëindigen. Het is ook mogelijk dat de beherende echtgenoot de overeenkomst opzegt. Opmerkelijk is dat het recht

46 Staudinger-Thiele § 1447 Rn 29-30.

47 In de §§ 1439-1443 is beschreven, welke verbintenissen in aanmerking komen.

48 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 5 bij § 1449.

49 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 110.

50 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 3 bij § 1413. Zo ook Dörr, NJW 1989, p. 1963; Staudinger-Thiele § 1413 Rn 7.

51 MünchKomm, Randnr. 3-4 bij § 1413.

52 Voor de plichten van de bestuurder zie Staudinger-Thiele § 1413 Rn 10-12 en Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 482 e.v. Normaliter zal de onderlinge verhouding worden geregeld door § 1359 betreffende de redelijkheid en billijkheid tussen echtgenoten, maar mocht de relatie meer lijken op een externe beheersverhouding, dan kunnen ook de eisen van redelijkheid en billijkheid tussen de echtgenoten aan dat karakter worden aangepast.

van de overlatende echtgenoot om de overeenkomst te beëindigen bij Ehever-
trag kan worden uitgesloten; anders is zij steeds herroepelijk. In dit geval
blijft desondanks beëindiging wegens een belangrijke reden mogelijk ex
§ 1413. De bedoeling van deze bijzondere bepaling is de bescherming van de
echtgenoot die het bestuur heeft overgelaten aan de andere echtgenoot. De
wetgever was blijkbaar bevreesd dat de afstand van de bevoegdheid om het
eigen bestuur weer over te nemen onder dwang zou geschieden. De beïn-
vloedingsmogelijkheden binnen het huwelijk zullen vaak groter zijn dan
binnen andere verhoudingen waar de één het vermogensbeheer voor een
ander uitoefent.⁵³

De overeenkomst van overlating eindigt van rechtswege bij het einde van
het huwelijk, ongeacht de reden ervan, en bij faillissement van de overlatende
echtgenoot; daarnaast eindigt zij ook wanneer van de overlatende echtgenoot
continuerend van het overlaten niet langer geveerd kan worden.⁵⁴

ÜBERLASSUNG DER VERMÖGENSVERWALTUNG EN DERDEN

Voor derden is het overlaten van het bestuur niet relevant, omdat het geen
privatieve gevolgen heeft voor de bestuursbevoegdheid. Afwijkingen van de
wettelijke regeling ten aanzien van de bevoegdheden bij de Zugewinnngemein-
schaft, of bij de Gütergemeinschaft met betrekking tot het bestuur van het
Vorbehalts- en Sondergut (omdat ten aanzien van het gemeenschappelijk
vermogen de gemaakte afspraken tussen de echtgenoten al voldoende zijn),
moeten door volmachten worden geregeld. In bepaalde gevallen zal een
stilzwijgende volmacht kunnen worden aangenomen voor rechtshandelingen
die nodig zijn voor een goed beheer.⁵⁵

Het overlaten van het beheer heeft geen gevolgen voor het Besitz van de
goederen, zodat aan de Besitzer zijn acties blijven toekomen,⁵⁶ maar het lijkt
mij dat de Besitzer zich niet op abhandenkommen ex § 935 kan beroepen als
de andere echtgenoot beschikt over zijn goederen overeenkomstig de afspraak
die zij over de bestuursuitoefening hebben gemaakt.

9.9 Verandering van slechts de Verwaltungsregeling bij de Gütergemein- schaft

Echtgenoten kunnen de Verwaltungsregeling staande huwelijk wijzigen, maar
dit is alleen mogelijk in de vorm van een Ehevertrag. Men is derhalve van de
medewerking van de andere echtgenoot afhankelijk. Indien men per se van de
Verwaltungsregeling af wil maar de andere echtgenoot niet mee wil werken,

53 Zie MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 1-2 bij § 1413.

54 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 15 bij § 1413.

55 Zie ook Dörr, NJW 1989, p. 1963.

56 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 484.

dan rest alleen de weg van de opheffing van de gemeenschap door een rechterlijke uitspraak, zie verder onderdelen 9.6.2 en 9.7.2.⁵⁷

In dit onderdeel zal sprake zijn van de complicaties bij wijziging door middel van een Ehevertrag.⁵⁸

Besluiten echtgenoten staande huwelijk tot een wijziging van de Verwaltungsregeling dan dient deze in het Güterrechtsregister te worden ingeschreven, wil men haar aan onkundige derden willen tegenwerpen.⁵⁹ Indien eerst Einzelverwaltung van een der echtgenoten was ingeschreven, dan moet de wijziging naar Gesamtverwaltung wel worden ingeschreven. Was daarvoor geen Verwaltungsregeling ingeschreven en wisten derden langs andere weg dat echtgenoten Einzelverwaltung waren overeengekomen, en echtgenoten wijzigen deze in gemeenschappelijke Verwaltung, dan is ook jegens deze derden de wijziging in te roepen, omdat zij niet te goeder trouw waren uitgegaan van een eerdere inschrijving. Dit is een vereiste van § 1412, dat ook hier onverkort geldt.

ENKELE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKINGEN

Doordat in het Duitse recht de overgang van het ene naar het andere stelsel van huwelijksgoederenrecht op zeer uiteenlopende wijzen kan plaatsvinden, die elk hun eigen regels hebben, lijkt mij de situatie voor derden uitermate onoverzichtelijk.

De regeling van § 1408 lid 2 zorgt voor onzekerheid omdat pas na afloop van één jaar na de uitsluiting van de Versorgungsausgleich zeker is, welk goederenrechtstelsel geldt (indien partijen dit niet duidelijk hebben bepaald). Het is maar goed dat in het Nederlandse recht geen equivalent van deze regeling voorkomt, omdat hier het Güterrechtsregister geen bescherming biedt. Dit lijkt mij geen goede zaak.

Een ander punt dat de positie van derden nog lastiger maakt is de regeling van § 1412. Afgezien van de inhoudelijke vereisten die niet altijd tot bevredigende resultaten leiden, kent deze beschermingsbepaling, anders dan art. 1:116, geen tijdslimiet. Derden worden eigenlijk gedwongen om vlak voor een transactie nog contact op te nemen met het Güterrechtsregister om de laatste informatie te verkrijgen. Gelukkig is in Duitsland makkelijker vast te stellen bij welk register men moet zijn, omdat alle gegevens in het register van de woonplaats(en) van de echtgenoten moeten zijn ingeschreven. Desondanks lijkt mij, althans theoretisch, de 14-dagen termijn wel een redelijke bepaling.

⁵⁷ Staudinger-Thiele § 1421 Rn 14.

⁵⁸ Ik laat daarbij de bijzonderheid van § 1458 buiten beschouwing, die betrekking heeft op de gevolgen van een Ehevertrag inhoudende gemeenschappelijke Verwaltung, die door een handelingsonbekwame echtgenoot is overeengekomen. Tot het einde van die handelingsonbekwaamheid geldt van rechtswege Einzelverwaltung van de andere echtgenoot.

⁵⁹ Staudinger-Thiele § 1421 Rn 13

In de praktijk, zo krijg ik de indruk, is de positie van derden vaak eenvoudiger dan het bovenstaande wil doen voorkomen, omdat echtgenoten meestal huwelijksgoederenrechtelijke informatie niet in het Güterrechtsregister inschrijven, zodat onkundige derden vaak toch kunnen worden beschermd.

Deel B

Persoonlijke gevolgen van het huwelijk

Nederlands recht: Aansprakelijkheid van de niet-handelende echtgenoot voor huishoudelijke schulden: art. 1:85 BW

Het is opvallend dat in het Nederlandse contractenrecht leveranciers van goederen en diensten die behoren tot normale gang der huishouding¹ een duidelijk voordeliger positie innemen dan hun collega's die andere goederen leveren. De eerste groep heeft de mogelijkheid om zowel de echtgenoot die de verbintenis is aangegaan alsook diens echtgenoot als hoofdelijk medeschuldenaar aan te spreken voor de verbintenissen die uit die overeenkomst voortvloeien.²

Indien de echtgenoten in gemeenschap van goederen zijn gehuwd zal dit in het algemeen voor de verhaalsmogelijkheden weinig uitmaken.³ Verhaal is immers mogelijk op alle goederen der gemeenschap en op de privégoederen van de wederpartij-echtgenoot. Het enige vermogen dat buiten schot blijft is het privé-vermogen van de andere echtgenoot, dat door de uitzondering van art. 1:85 ook mogelijk verhaalsobject wordt voor leveranciers van huishoudelijke goederen. De reden hiervoor is te vinden in de geschiedenis, toen de overigens handelingsonbekwame echtgenote wel overeenkomsten mocht aangaan in de gewone gang der huishouding. Deze bepaling uit het oudhollandse recht was overgenomen in de oude versie van Boek 1 BW, zoals deze gold vóór de invoering van de Lex Van Oven.⁴

10.1 De huidige rechtsgrond voor de dubbele binding van art. 1:85 BW

Dit is blijkens de literatuur over dit onderwerp een nogal omstreden punt. Een van de theorieën is die van de (stilzwijgende) vertegenwoordiging. Terecht

1 Deze wordt gemeten aan de levensstandaard van de echtgenoten; Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 145-146 met voorbeelden uit de jurisprudentie; De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 35-36; Asser-De Ruiter nr. 231. Kraan, p. 215, wil nadere eisen stellen; zie ook PG Boek 1, 1969, p. 252.

2 Asser-Hartkamp I nr. 100 met een beroep op MvA II bij art. 6.1.2.1; PG Boek 6, p. 99; Asser-De Ruiter nr. 229; Luijten, Personen- en familierecht II, p. 29.

3 Een uitgebreide behandeling van de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers is te vinden in onderdeel 14.

4 Van Duijvendijk-Brand, Haalt art. 85 Boek 1 BW het jaar 2000?, p. 30; Asser-De Ruiter nr. 228; Soons, oratie Utrecht, p. 13; Jansen, WPNR 4492 (1957), p. 229-230; Luijten, Een vrouw van fatsoen kan wel een juweeltje kopen, p. 97 e.v., geeft een historisch overzicht.

verwerpen velen⁵ deze opvatting, zoals verdedigd door Van Mourik⁶ en Breukers,⁷ omdat de gebondenheid niet afhankelijk is van de kennis van de wederpartij omtrent het feit dat zijn contractspartij is gehuwd. Er moet derhalve gebondenheid zijn op grond van de wet.⁸ Een complicerende factor bij de vertegenwoordigingstheorie is, dat art. 1:85 niet aan de partijautonomie van partijen is onderworpen; echtgenoten kunnen er (behoudens de weg van art. 1:86) niet onder uit komen. Bij gewone vertegenwoordiging zou dit eenvoudig zijn: de principaal zou alleen maar te hoeven zeggen dat hij niet vertegenwoordigd wil worden, om geen vertegenwoordiging te laten ontstaan.⁹ Art. 1:85 daarentegen zou in deze theorie neerkomen op een geval van gedwongen vertegenwoordiging, zonder dat de wederpartij er weet van heeft, terwijl de handelende echtgenoot zelf ook nog partij is.

Breukers heeft zijn vertegenwoordigingsopvatting gebaseerd op de gedachte dat goederen die voor de gemeenschappelijke huishouding zijn aangeschaft, mede-eigendom worden van beide echtgenoten. Anders zou bij echtgenoten die buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd, de minder verdienende echtgenoot, houden wij het traditioneel op de vrouw, benadeeld worden. Dit is, aldus Breukers, het gevolg van het feit dat bij aanschaf van een goed met het geld van de man, de handelende echtgenoot (de vrouw) weliswaar eigenaar wordt van het goed, maar de man een vordering ten belope van de koopprijs op de eigenaar van het goed blijft houden. Door verloop van tijd zal het goed minder waard worden, maar de man houdt nog wel de nominale vordering ten bedrage van de oorspronkelijke koopprijs. Daardoor krijgt men als gevolg, zoals Breukers zegt, dat

“hoe meer de man het inkopen doen aan zijn vrouw overlaat, hoe rijker hij en hoe armer zij wordt.”

Dit voorbeeld komt zeer overtuigend over, maar ik krijg de indruk dat dit in het algemeen anders verloopt. De huishoudelijke goederen worden betaald met huishoudgeld. Dit geld moet in beginsel ter beschikking worden gesteld door beide echtgenoten, en uiteindelijk moeten ook beiden de uitgaven dragen. Dit geschiedt volgens art. 1:84 naar evenredigheid van de inkomens die partijen genieten, bij echtgenoten zoals in casu uit het privé-inkomen van beiden naar evenredigheid. De man die meer verdient moet dus ook meer bijdragen en heeft daarom mijns inziens niet een vordering ten belope van de

5 Van Duijvendijk-Brand, Haalt art. 85 Boek 1 BW het jaar 2000?, p. 31; Waaijer, WPNR 5626 (1982); Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 145.

6 Hij presenteert dit als een mogelijkheid om de aansprakelijkheidsregel in de systematiek in te passen, AAe-special 1977, p. 361.

7 Breukers, Echtgenoten - Concubijnen - Huisgenoten, p. 39 e.v. houdt een pleidooi voor vertegenwoordiging binnen het huwelijk, zie ook de subtitel van het stuk: Samenleven als bron van vertegenwoordiging.

8 Van Duijvendijk-Brand, Haalt art. 85 Boek 1 het jaar 2000?, p. 29-36; Kleijn, oratie Leiden, p. 15 noot 16.

9 Zo ook Asser-De Ruiter nr. 229.

oorspronkelijke koopprijs op de vrouw. Dat geldt zowel voor de fourneer- als ook voor de draagplicht. Conclusie van dit verhaal moet mijns inziens zijn dat de vrouw niet steeds armer wordt als zij de huishoudelijke inkopen doet. Zij krijgt in beginsel ook het bestuur over de verkregen goederen, zie onderdeel 1.2.2. Daarom lijkt het mij niet noodzakelijk om op deze grond mede-eigendom van de huishoudelijke goederen aan te nemen.¹⁰ Dit kan natuurlijk anders zijn als de wil van de echtgenoten gericht was op verkrijging in mede-eigendom.

Naar mijn mening is tegenwoordig de ratio van het artikel doorslaggevend. Zij ligt besloten in het 'wezen van het huwelijk' en de daarop gebaseerde bevoegdheid om ook de ander ten aanzien van handelingen te binden, die de echtgenoten samen betreffen¹¹ en waarvan kan worden aangenomen dat een echtgenoot ze zelfstandig mag verrichten, zonder van tevoren overleg met zijn partner hierover te plegen.¹² Uit deze ratio leidt Luijten af dat, nu de trend is dat iedereen meer individueel zijn belangen behartigt, de bepaling haar beste tijd heeft gehad en eigenlijk afgeschaft zou kunnen worden.¹³

Lubbers¹⁴ wijst op een gedachte die hiermee samenhangt: draagplicht gaat samen met externe aansprakelijkheid. In het bijzondere geval van art. 1:85 moge de redenering opgaan; overigens geldt deze parallel niet. Ten aanzien van andere gemeenschapsschulden is immers alleen de debiteur aansprakelijk, maar zijn beide echtgenoten voor de helft draagplichtig; dit is gebaseerd op art. 1:95 lid 2 via het verhaalsrecht van een gemeenschapscrediteur op de gemeenschap.¹⁵

DE SCHULD IS AANGEGAAN VOOR DE HUWELIJKSSLUITING

Kan men uit de rechtsgrond wellicht ook het antwoord afleiden op de vraag of art. 1:85 ook gaat gelden indien de schuld is aangegaan voor de huwelijksluiting maar de voldoening ervan na de huwelijksdatum moet plaatsvinden, terwijl de andere echtgenoot na de huwelijksluiting baat heeft bij het verkregen goed?

Daarvoor zijn mijns inziens een aantal redeneringen mogelijk. Ten eerste zou men kunnen aansluiten voor de opvatting omtrent analoge toepassing van art. 1:85 bij het geval dat echtgenoten al voor het huwelijk samenwoonden. Stelt men zich, samen met oudere rechtspraak, op het standpunt dat ook bij

10 Voor een behandeling van het Duitse recht waar dit probleem ook speelt zie het volgende hoofdstuk. Daar worden ook de voor- en nadelen van de mede-eigendomstheorie binnen een systeem van scheiding van goederen verder uitgewerkt.

11 Art. 1:85 geldt niet bij echtgenoten die zijn gescheiden van tafel en bed, art. 1:92a.

12 Van Duijvendijk-Brand, Haalt art. 85 Boek 1 BW het jaar 2000?, p. 34-35. Zie voor een meer nuancerende opvatting: Kraan, p. 215.

13 Luijten, Een vrouw van fatsoen kan wel een juweeltje kopen, p. 108.

14 Lubbers, Niet door rechtshandeling overbrugbare vermogensrechtelijke verschillen tussen huwelijk en concubinaat, p. 226-227.

15 Klaassen-Eggens-Luijten, p. 120.

ongehuwd samenwonenden hoofdelijke aansprakelijkheid geldt, bijvoorbeeld op grond van opgewekte schijn van huwelijkse samenwoning, of op grond van een vertegenwoordigingsgedachte, dan zou bij echtgenoten die ongehuwd samenwoonden, al voor het huwelijk gebondenheid van de andere partner worden aangenomen; na het huwelijk zou art. 85 dan direct kunnen gelden. Is men daarentegen met de meeste moderne auteurs¹⁶ van mening dat art. 1:85 bij samenwoners *niet* geldt, dan ligt toepasselijkheid na de huwelijksluiting minder voor de hand. Hiervoor zou men als argument kunnen aanvoeren, dat indien de koop op afbetaling is verricht, de toestemming van de partner ook niet is vereist op grond van art. 1:88, omdat men daar uitgaat van het beginsel: je krijgt de echtgenoot zoals hij op de datum van de huwelijksluiting is, met alle schulden die hij daarvoor is aangegaan, zie hoofdstuk 12. De overeenkomst blijft geldig, ook na de huwelijksluiting. Het zou dan niet logisch zijn, als de verkoper - naast het wettelijke gevolg dat hij al verhaal kan nemen voor de vordering op de nieuw ontstane gemeenschap - ook nog een extra schuldenaar zou krijgen. Daarvoor had hij er immers in toegestemd om met de handelende partner alleen in zee te gaan, zonder waarde te hechten aan de extra mogelijkheden en zekerheid die art. 1:85 hem biedt.

Afsluitend kom ik tot de conclusie dat de wederpartij die voor het huwelijk met een aanstaande echtgenoot een overeenkomst is aangegaan, die na de huwelijksluiting een overeenkomst in de zin van art. 1:85 zou zijn, na de huwelijksluiting de andere partner niet als hoofdelijk schuldenaar kan aanspreken.

10.2 Volgt uit dubbele gebondenheid ook een verdubbeling aan de crediteurszijde?

Belangrijk voor de relatie echtgenoten-derden is de vraag of door de werking van art. 1:85 de andere echtgenoot naast mede-*debiteur* ook mede-*crediteur* wordt, hetgeen tot gevolg zou hebben dat hij ook de uit de verbintenis voortvloeiende rechten geldend kan maken en eventueel compensatie kan toepassen met een vordering die hij heeft op de derde. Deze mogelijkheid heeft de andere echtgenoot alleen als hij medecrediteur is, en men aanneemt dat het schuldenaar- en schuldeiserschap aan de persoon van de echtgenoot is

16 Tegen: Klaassen-Eggens-Luijten, p. 316-317; Asser-Moltmaker nr. 580, tenzij de handelende echtgenoot voor zijn partner optredend de schijn wekt, met deze gehuwd te zijn, waarvoor hij verwijst naar deels oudere rechtspraak uit een tijd dat ongehuwd samenwonen nog een grote uitzondering was; Van Duijvendijk-Brand, Haalt Van Duijvendijk-Brand, Haalt art. 85 Boek 1 BW het jaar 2000?, p. 38. Pitlo/Van der Burgh/Rood-de Boer, p. 425 met verdere verwijzingen naar de rechtspraak, neemt aan dat het zeer wel mogelijk is om toepasselijkheid van art. 1:85 aan te nemen bij ongehuwd samenwonenden. Ebben, p. 129, zegt algemeen dat titel 1.6 niet op samenwoners van toepassing is.

gebonden. Deze eigenschappen gaan door boedelmenging niet automatisch mede over op de andere echtgenoot.¹⁷

Tegen medecrediteurschap hebben zich uitgesproken o.a. Van der Burght, De Ruiter, Luijten, Waaijer en Van Duijvendijk-Brand,¹⁸ vooral met een beroep op het uitzonderlijk karakter van deze regel, die men niet ruimer mag interpreteren dan waartoe de wetstekst aanleiding geeft en onder afwijzing van de vertegenwoordigingstheorie.¹⁹ Kleijn²⁰ verdedigt een andere opvatting met een beroep op een arrest van de Hoge Raad van 4 april 1929.²¹ Zoals de annotator onder dit oude arrest in het Rechtskundig Weekblad terecht opmerkt is dit arrest voornamelijk gebaseerd op de destijds geldende positie van de man als hoofd van de echtvereniging.²² De Hoge Raad leidt daaruit zelfs een aansprakelijkheid van de man voor alle schulden af omdat hij de middelen zou hebben de schulden te voldoen. Scholten wijst in zijn noot onder het arrest op een doorbraak van het stelsel dat men alleen voor eigen schulden aansprakelijk is. De afwijking voor de aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden leidt hij af uit het feit dat de man als hoofd van de echtvereniging ook mede-crediteur is omdat onder het hem opgedragen beheer van de gemeenschap ook het beheer over contractuele rechten valt.

Vanwege de veranderde wetgeving is het arrest voor de huidige tijd minder overtuigend.²³ Met de reeds genoemde auteurs ben ik van mening dat er geen ruimte is om tot uitbreiding van de werking van art. 1:85 te komen. Het is voor de bescherming van leveranciers niet noodzakelijk dat de andere echtgenoot medecontractant wordt. Er is derhalve geen reden om het artikel, dat

17 Asser-Moltmaker nr. 324. Dit is ook af te leiden uit andere kwesties die de Hoge Raad in deze zin heeft opgelost, zie bijvoorbeeld HR 3 december 1982, NJ 1983 400, Verkeersrecht 1983, nr. 26 mnt. Van Wassenauer van Catwijck (Nationale Nederlanden/Timmermans): als de schuldenaar en de schuldeiser van letselschade ten gevolge van een ongeluk huwen, dan gaat de schadevergoedingsvordering niet door vermenging teniet; HR 12 juni 1987, NJ 1988 39 mnt. G en EAAL (Holland/Beek): als een echtgenoot aan de ander letsel toebrengt dan gaat de aanspraak op de verzekeraar niet teniet omdat schuldeiser en schuldenaar met elkaar zijn gehuwd in gemeenschap van goederen.

18 Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 145; Asser-De Ruiter nr. 230-231; Klaassen-Eggens-Luijten, p. 31 en Luijten in zijn noot onder het zojuist genoemde arrest Holland/Beek; Waaijer, WPNR 5626 (1982) in antwoord op Schoordijk in rechtsvragenrubriek WPNR 5612 (1982), die in deze materie vanuit de rechtspersoon-theorie aangaande de huwelijksgemeenschap tot andere resultaten komt. De gemeenschap is dan schuldenaar, waarbij het er niet op aankomt wie de schuld is aangegaan voor de gemeenschap; Van Duijvendijk-Brand, Haalt art. 85 Boek I BW het jaar 2000?, p. 31-32.

19 Zie de uitvoerige wetshistorische analyse in die zin van Jansen, WPNR 4492 (1957), die ook tegen dubbele partijhoedanigheid is.

20 De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 36.

21 NJ 1929 727 mnt. PS, W 11972 mnt. SB.

22 Deze regel is afgeschaft bij de invoering van het nieuwe Boek I in 1970, zie Luijten, Personen- en familierecht II, p. 21.

23 Van Duijvendijk-Brand, Haalt art. 85 Boek I BW het jaar 2000?, p. 30 e.v. Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 145. Idem op grond van wetsduiding: Prakken, Prae-advies BN 1957, p. 20.

een uitzondering vormt op de normale regels van het contractenrecht, nog ruimer te hanteren.²⁴

10.3 Opheffing van de dubbele aansprakelijkheid, art. 1:86 lid 1 en 2 BW

De wet geeft in art. 1:86 lid 1 de mogelijkheid om de extra aansprakelijkheid uit art. 1:85 lid 1 op te heffen. Heeft deze regeling ook een praktisch effect? Van der Burght²⁵ is daar nogal somber over:

“In 90% van de huwelijken kan art. 86 lid 1 (...) geen functie hebben.”

Het lijkt mij in zoverre juist nu bij echtgenoten die in de wettelijke gemeenschap zijn getrouwd, zonder dat zij daarnaast privévermogen hebben, de opheffing van de dubbele aansprakelijkheid verhaalstechnisch niet tot enige verandering aanleiding geeft: verhaal is steeds mogelijk op de gemeenschap van goederen. Dat vóór de opheffing ook verhaal mogelijk is op het privévermogen van de niet-handelende echtgenoot is bij deze echtgenoten feitelijk niet van belang.

Voor echtgenoten die naast de wettelijke gemeenschap ook privévermogen hebben en echtgenoten die buiten gemeenschap zijn gehuwd, heeft de opheffing van de aansprakelijkheid van de niet-handelende echtgenoot natuurlijk wel effect.

KAN EEN OPHEFFING VAN DE DUBBELE AANSPRAKELIJKHEID OOK DOOR EEN OVEREENKOMST TUSSEN DE ECHTGENOTEN WORDEN BEWERKSTELLIGD OF IS EEN RECHTERLIJKE UITSPRAAK NOODZAKELIJK?

Is het noodzakelijk om hiervoor de rechter in te schakelen? Sommige auteurs²⁶ bespreken de mogelijkheid dat partijen een gegeven beschikking ook door een afspraak onderling kunnen wijzigen. Zij achten dit niet wenselijk omdat dit tot rechtsonzekerheid leidt.

In de parlementaire geschiedenis²⁷ wordt teruggegrepen op de situatie van vóór de Lex Van Oven toen de man door een advertentie eenzijdig van zijn aansprakelijkheid af kon komen.²⁸ Er wordt nadrukkelijk gesteld dat dit in naar nieuw recht alleen door een rechterlijke uitspraak zou kunnen geschieden. Ik meen dat het dan niet juist is om een beperking van een dwingend-rechtelijk geregelde aansprakelijkheid, die volgens de wetstekst alleen door

24 Zo ook Kleijn in 1970 in zijn oratie, p. 15 noot 16, waar hij een andere mening verdedigt dan in De Bruijn-Soons-Kleijn van 1973, p. 36.

25 Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 147.

26 De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 37-38; Asser-De Ruiter nr. 235. Zie Luijten, Een vrouw van fatsoen kan wel een juweeltje kopen, p. 102, voor een historisch overzicht van de verschillende opvattingen en in Personen- en familierecht II, p. 28.

27 Van Ewijk-Polak, p. 16-19.

28 Zie De Jong, diss., p. 27.

een rechterlijke uitspraak met werking jegens derden kan worden verkregen, in dit geval ineens onderhands tot stand zou kunnen worden gebracht. Van Mourik heeft in een noot onder een (zeldzame) uitspraak van een kantonrechter over een art. 85-zaak er nog eens op gewezen, dat het voorschrift zo dwingendrechtelijk van aard is dat partijen bij huwelijkse voorwaarden er niet van kunnen afwijken.²⁹ Plaats voor onderhandse afspraken is er dan a fortiori niet. Deze redenering lijkt mij juist. Afgezien van een juridisch dogmatische benadering heeft Soons in zijn oratie uit 1967³⁰ ook een praktisch aspect genoemd. Soons schrijft dat advertenties

“ten aanzien van leveranciers e.d. een psychologisch, dus preventief effect”

hebben. Dit lijkt mij alleen juist als men aanneemt dat de leveranciers deze advertentie ook daadwerkelijk onder ogen hebben gehad. Aangezien dit in de meeste gevallen niet voorkomt heeft deze opvatting weinig praktische waarde.

10.4 Publicatie-eisen voor de uitsluiting van de dubbele aansprakelijkheid, art. 1:86 lid 3 en 4 BW

In de minderheid van gevallen waar wel verhaalstechnische gevolgen optreden is het belangrijk dat de schuldeisers kennis hebben van de gegeven beschikking van opheffing van de dubbele aansprakelijkheid. Voor een dergelijke beschikking (of wijzigingsbeschikking hiervan ex art. 86 lid 2), geldt een inschrijvingsplicht in het huwelijksgoederenregister en een termijn van veertien dagen voordat op de uitspraak jegens onkundige derden een beroep kan worden gedaan, art. 1:86 lid 3.³¹ Ook kan de rechter een extra publicatie in dagbladen bevelen.³²

10.5 Effecten van een opheffing van de dubbele aansprakelijkheid bij lopende contracten

Het betreft hier de vraag of een duurovereenkomst, bijvoorbeeld een huurovereenkomst van een apparaat of een arbeidsovereenkomst met een huishoudelijke hulp, die voor de beschikking van opheffing van de dubbele aansprakelijkheid is aangegaan, ook na de opheffing op de passief-zijde nog doorwerkt jegens de echtgenoot die haar niet is aangegaan. De meeste auteurs

29 Ktr. Eindhoven, 9 november 1978, Prg. 1979, p. 239-242 mnt. Van Mourik. In gelijke zin De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 38.

30 Soons, oratie Utrecht, p. 5, noot 5; zo ook in De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 37. Beide stukken zijn gebaseerd op oud recht, maar de argumenten passen ook bij de tekst van de wet na 1 januari 1992.

31 Zie De Jong, diss., p. 27 voor een korte historische bespreking van deze vereisten.

32 Asser-De Ruiter nr. 235; Croes, WPNR 5325 (1975), p. 790-791.

menen dat dit inderdaad zo is, omdat de rechterlijke uitspraak niet zomaar inbreuk kan maken op de (crediteurs-)positie van de derde.³³ De Ruiter is daartegen omdat anders de dubbele aansprakelijkheid tot in lengte van jaren kan doorlopen, terwijl de ratio van de dubbele aansprakelijkheid reeds lang verleden tijd kan zijn. Hij geeft als voorbeeld dat de hulp in de huishouding werkt in de echtelijke woning, en na de beëindiging van de samenwoning slechts voor de handelende echtgenoot blijft werken, terwijl de andere daar mede aansprakelijk voor zou blijven.

Het lijkt mij dat wij, afgezien van deze argumenten, ook moeten kijken naar andere veranderingen in de positie van de crediteur, die door bepaalde feiten worden veroorzaakt. In hoofdstuk 14 zal nader worden bekeken, wat bijvoorbeeld de verandering in de verhaalspositie is bij het huwen of het maken van huwelijksvoorwaarden staande huwelijk. Dat betreft weliswaar een andere vraag, niet die der aansprakelijkheid maar die van het verhaal, maar het lijkt mij dat de veranderingen in de verhaalsmogelijkheden het voor de echtgenoten meest belangrijke gevolg zijn van de opheffing van de dubbele aansprakelijkheid. Enige analogie lijkt mij daarom niet verkeerd. In dat hoofdstuk zal bij huwelijksvoorwaarden staande huwelijk, die worden gesloten nadat de overeenkomst met de derde is gesloten, als hoofdregel worden aangehouden dat de echtgenoten de wijziging na 14 dagen na de inschrijving (of direct indien de wederpartij ervan op de hoogte is) jegens een derde kunnen inroepen. De rechter heeft de belangen van de derde immers bij zijn beslissing kunnen meewegen.

Dat zou bij beëindiging van de werking van art. 1:85 betekenen dat de niet-handelende echtgenoot het einde van de dubbele aansprakelijkheid aan de derde kan tegenwerpen op het moment dat deze daarvan op de hoogte komt of zodra alle publicaties zijn verricht en de nodige termijnen zijn verstreken. Dit lijkt mij een verdedigbaar standpunt. Op deze wijze hoeft de echtgenoot die van de dubbele aansprakelijkheid wil worden bevrijd, niet 'eeuwig' (in de praktijk: tot het einde van het huwelijk of een scheiding van tafel en bed, art. 1:92a) mee te betalen aan een overeenkomst waarvan hij de vruchten niet meer kan plukken.

10.6 Wijziging van een beschikking inzake de dubbele aansprakelijkheid, art. 1:86 lid 2 BW

Het is, zo zegt art. 1:86 lid 2, ook mogelijk om een eenmaal gegeven beschikking weer te wijzigen of op te heffen indien zich veranderde omstandigheden voordoen. Algemeen wordt aangenomen dat het verzoek hiertoe niet per se

³³ De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 38 en Klaassen-Eggens-Luijten, p. 33; Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 147-148 vóór het continueren van de dubbele aansprakelijkheid; Asser-De Ruiter nr. 234 is hier tegen.

van die echtgenoot hoeft te komen die om de vorige beschikking had verzocht.³⁴

KUNNEN ECHTGENOTEN DOOR EEN OVEREENKOMST EEN OPHEFFING VAN AANSPRAKELIJKHEID (DEELS) WEER ONGEDAAN MAKEN?

De wetgever,³⁵ instemmend aangehaald door Luijten,³⁶ heeft het wel mogelijk geacht dat de ene echtgenoot zich door een overeenkomst met de handelende echtgenoot aansprakelijk stelt voor schulden die deze aangaat, nadat de rechter ex art. 1:86 lid 2 heeft bepaald dat de aansprakelijkheid is opgeheven. De overeenkomst kan volledige aansprakelijkheid in het verlengde van art. 1:85 betreffen, maar zij kan ook aansprakelijkheid onder voorwaarde of in beperkte mate inhouden, aldus de Minister. Hiermee wordt in wezen een effect bereikt dat vergelijkbaar is met een (partiële of voorwaardelijke) opheffing van de beschikking. De wetgever heeft daarbij wel aangegeven dat een dergelijke overeenkomst niet voor publicatie in het huwelijksgoederenregister in aanmerking komt.

Wat is het rechtskarakter van deze afspraak? Hierover laat de literatuur zich niet uit. Het lijkt mij hier een derdenbeding te betreffen, nu - zo het voorbeeld uit de Parlementaire Geschiedenis - het erom gaat dat de andere echtgenoot zich jegens de handelende echtgenoot verbindt, om door hem aangegane schulden te betalen. Uit het karakter van de afspraak volgt dat dit altijd geschiedt ten voordele van een derde en daarom externe werking via een derdenbeding moet worden aangenomen. Beperking van de werking van deze afspraak tot gelding tussen de echtgenoten heeft geen zin.

Naar geldend recht heeft het aannemen van een derdenbeding de consequentie dat bij aanvaarding de crediteur van de handelende echtgenoot partij wordt bij die overeenkomst en een beroep kan doen op die afspraak ex art. 6:254.³⁷

Laten wij dit concretiseren aan de hand van een voorbeeld: elke dag bestelt de vrouw melk en andere zuivelproducten bij de melkboer aan huis. Aan het einde van elke maand wordt afgerekend. Stel dat na een beschikking ex art. 1:86 lid 2, omdat zij voor kleding en schoeisel stelselmatig veel te veel geld uitgeeft, de man met de vrouw is overeengekomen dat hij ten aanzien van schulden voor voedingsmiddelen de wettelijke aansprakelijkheid wel weer wil aanvaarden. De melkboer is op de hoogte van die afspraak en vordert aan het eind van de maand betaling van de man van het openstaande bedrag. Juridisch heeft de melkboer hiermee tevens het derdenbeding aanvaard en wordt hij partij bij de afspraak tussen de man en de vrouw.

34 De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 37; Klaassen-Eggens-Luijten, p. 34; Asser-De Ruiters nr. 235.

35 MvA II, PG Boek I, 1969, p. 255.

36 Klaassen-Eggens-Luijten, p. 34.

37 Dit is regelend recht op grond van art. 6:250. In het vervolg zal worden bekeken of dit rechtsgevolg problematisch is en zou moeten worden wegbedongen.

Stel dat de geleverde yoghurt van onvoldoende kwaliteit is. Kan de man zich dan jegens de melkboer beroepen op diens wanprestatie ten aanzien van de leveringsverplichting? Mijns inziens is dat niet mogelijk. Hij heeft alleen een overeenkomst gesloten ten aanzien van het herstel van de werking van art. 1:85 BW voor een bepaalde categorie van overeenkomsten. Zou men aannemen dat de man partij zou worden bij de gehele overeenkomst en daarmee nakoming kunnen eisen, dan zou daarmee een verdubbeling aan de crediteurszijde optreden, die bij art. 1:85 niet wordt aangenomen, zoals zojuist is vastgesteld.

Ter afsluiting wil ik erop wijzen dat deze casus verschilt van het geval dat de man tegen de vrouw zou zeggen dat hij haar schulden bij de melkboer wel weer wil betalen. In dat geval is deze afspraak beperkt tot de interne verhouding tussen de echtgenoten en biedt de man aan om deze schulden intern te dragen. Extern blijft de hoofdregel van kracht dat de vrouw alleen aansprakelijk is jegens de melkboer.

10.7 Art. 1:85 geldt ook bij niet-samenwonende echtgenoten

Tot slot zij opgemerkt dat in het algemeen wordt aangenomen dat art. 1:85 ook toepasselijk is bij niet samenwonende echtgenoten.³⁸ De logische gevolgtrekking daaruit is dat in zo'n geval 'de gewone gang der huishouding' niet meer in dezelfde betekenis mag worden gebruikt als bij wel samenwonende echtgenoten. Het begrip moet enger worden geïnterpreteerd.³⁹ De vanzelfsprekendheid van de binding op praktische gronden zal zich dan niet zo gauw voordoen omdat een aankoop van een huishoudelijk goed niet automatisch ook tot het welzijn van de andere partner strekt. De schrijvers benadrukken wel dat het niet-samenwonen een factor kan zijn bij de beoordeling of op grond van art. 86 de dubbele aansprakelijkheid moet worden opgeheven wegens goede gronden.⁴⁰

Voor derden betekent dit in wezen een terugval naar de gewone situatie dat alleen de debiteur kan worden aangesproken tot nakoming van de aangegane verbintenissen. Ik neem aan dat in de regel een crediteur die op grond van de kennis van de huiselijke verhoudingen gebruik maakt van de dubbele aansprakelijkheid en zich daadwerkelijk wendt tot de andere echtgenoot voor de nakoming, ook op de hoogte zal zijn van de wijziging in de feitelijke omstandigheden die leiden tot het verbreken van de samenwoning, waardoor

38 De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 36; Asser-Moltmaker nr. 234; Klaassen-Eggens-Luijten, p. 32 mede op grond van de wetsgeschiedenis; Kraan, p. 215. Anders KG Rotterdam 8 augustus 1974, Prg. 1974, p. 44, nr. 872 mnt. WMK.

39 Van Duijvendijk-Brand, Haalt art. 85 Boek 1 BW het jaar 2000?, p. 38.

40 Zie Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 147; Klaassen-Eggens-Luijten, p. 32; Van Duijvendijk-Brand, Haalt art. 85 Boek 1 BW het jaar 2000?, p. 35.

de betekenis van art. 1:85 afneemt, en eventueel van een scheiding of scheiding van tafel en bed, waardoor ex art. 1:92a immers de werking van art. 1:85 ook beëindigd wordt. Ik denk hierbij aan leveranciers als de melkboer of de buurtwinkelier die op krediet leveren. Anderen zullen veel minder gauw geneigd zijn om te vertrouwen op de gelding van art. 1:85, zoals onder andere is af te leiden uit het erg geringe aantal zaken waarbij de dubbele aansprakelijkheid van art. 1:85 een rol speelt.

Duits recht: § 1357 BGB: Rechtsgeschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie

11.1 Verbintenisrechtelijke werkingsomvang en ratio van § 1357 BGB

De met het Nederlandse art. 1:85 enigszins vergelijkbare regeling van § 1357 BGB bepaalt dat beide echtgenoten aansprakelijk zijn voor rechtshandelingen¹ die een der echtgenoten is aangegaan ‘zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie’.² De bepaling geldt ongeacht het huwelijksvermogensregime dat echtgenoten hebben gekozen.³ Vroeger was deze dubbele binding ook bekend als ‘Schlüsselgewalt’.

Kort gezegd vallen onder § 1357 alle rechtshandelingen die normaliter door een bepaald echtpaar worden verricht zonder daarover van tevoren overleg te plegen.⁴ Wat dit in concreto inhoudt, zal voor elk echtpaar verschillend zijn en ondermeer afhangen van de inkomsten en het voor derden waarneembare gebruikelijke uitgavepatroon.

In het arrest van november 1991⁵ heeft het BGH een verband gelegd tussen de werking van § 1357 en de onderhoudsplicht van de echtgenoten jegens elkaar staande huwelijk. In dat geval was de man een zeer kostbare behandelingsovereenkomst aangegaan met een ziekenhuis die gezien zijn slechte gezondheid noodzakelijk was en geen uitstel kon verdragen. De kos-

1 BGB-RGRK-Roth-Stielow Anm. 6 bij § 1357, wijst erop dat de bepaling alleen geldt voor “Geschäfte (Willenserklärungen, Verträge) und nicht auch tatsächliches Verhalten”.

2 Voor een behandeling van de werkingsomvang van § 1357 zie o.a. Mikat, Verfassungsrechtliche Aspekte der Neuordnung der "Schlüsselgewalt" in § 1357, p. 300 e.v.; Käßler, AcP 179 (1979), p. 279 e.v.; Mikat, FamRZ 1981, p. 1128-1134; MünchKomm (Wacke), Randnr. 17-31 bij § 1357; BGH 13 februari 1985, JZ 1985, p. 680-686 mnt. Holzhauser. Voor de in ons recht niet voorkomende complicatie dat een der echtgenoten handelingsonbekwaam is op grond van minderjarigheid verwijst ik naar BGB-RGRK-Roth-Stielow Anm. 14 bij § 1357 en de daar vermelde literatuur; Bubenbender, FamRZ 1976, p. 669-671; Henrich, Familienrecht, p. 65.

3 BVerfG, 3 oktober 1989, FuR 1990, p. 101. Langenfeld, Handbuch, Randnr. 409.

4 Voorbeelden uit de jurisprudentie: AmtsG Eschwege 11 september 1979, FamRZ 1980, p. 137; LG Aachen, 18 april 1980, FamRZ 1980, p. 566; LG Aachen, 6 juni 1980, FamRZ 1980, p. 996; KG 5 april 1984, NJW 1985, p. 682; BGH 13 februari 1985, JZ 1985, p. 680 mnt. Holzhauser; AmtsG Sulingen, 6 september 1991, FamRZ 1992, p. 554; BGH 27 november 1991, FamRZ 1992, p. 291, NJW 1992, p. 909, BGHZ 116, p. 184. Zie ook Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 90; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 198 e.v.; BGB-RGRK-Roth-Stielow Anm. 21-31 bij § 1357; Dörr, NJW 1992, p. 535.

5 BGH 27 november 1991, FamRZ 1992, p. 291, NJW 1992, p. 909, BGHZ 116, p. 184.

ten daarvan, waarvoor hij niet was verzekerd, bedroegen ruim rond DM 30.000,=. Deze gingen de draagkracht van de vrouw en het gezin met twee minderjarige kinderen als geheel duidelijk te boven. Het BGH was van oordeel dat de vrouw, die weduwe was geworden, niet ex § 1357 kon worden aangesproken door het ziekenhuis, aangezien dit in het onderhoudsrecht als een buitensporige uitgave wordt aangemerkt.

In de overwegingen van het BGH wordt zijdelings opgemerkt, dat een echtgenoot ook onder de verplichting uit kan komen door duidelijk te maken jegens de wederpartij van zijn partner, dat hij niet gebonden wil worden. In dat geval en ook bij het soort van gebeurtenissen dat aan het arrest van het BGH ten grondslag ligt, kan alleen gebondenheid van de andere echtgenoot optreden indien de wederpartij beide echtgenoten laat tekenen als contractspartij.

WIE IS GERECHTIGD TOT DE TEGENPRESTATIE?

Net als in Nederland rijst de vraag of beide echtgenoten ook gerechtigd zijn tot de tegenprestatie die de handelende echtgenoot in ruil voor de § 1357-verbintenis heeft bedongen. In het algemeen wordt deze vraag in positieve zin beantwoord, waarna men moet bepalen of beiden een recht krijgen op grond van § 428 of § 432. In het eerste geval is er sprake van meerdere schuldeisers die allen de nakoming van een verbintenis voor het geheel kunnen vorderen, waarbij voldoening jegens een van hen de schuldenaar bevrijdt (*Gesamtgläubiger*). In het tweede geval is er sprake van een verbintenis die slechts door beide echtgenoten kan worden ingeroepen. Voldoening dient dan jegens beiden plaats te vinden (*Mitgläubiger*). Käppler, Wacke en Baur⁶ bestrijden de opvatting van Roth, Leipold en anderen⁷ dat er een recht op grond van § 432 zou ontstaan. Deze oplossing zou tot een uitermate onpraktisch resultaat leiden. De schuldenaar zou alleen bevrijdend kunnen betalen als hij dat aan beide echtgenoten doet. Aangezien een schuldenaar daarmee onnodig in een lastig parket zou worden gebracht, lijkt mij dit niet passen bij de ratio van de bepaling, die een bevoordeling van de wederpartij beoogt. Hij zou elke keer als hij een overeenkomst sluit die een § 1357-handeling zou kunnen zijn, uitgebreid moeten informeren of de wederpartij is gehuwd en welke levensstandaard zij ongeveer heeft, om te kunnen vaststellen of daadwerkelijk sprake is van een § 1357-transactie. Als hij dat niet wil doen, kan hij altijd voor de zekerheid aan beide echtgenoten presteren, waarbij hij gebruik kan maken van een algemene formule, maar dat kan tot pijnlijke momenten lei-

6 Käppler, AcP 179 (1979), p. 284-285; Wacke, FamRZ 1980 p. 14; Baur, FS Beitzke, p. 117-118. Dezelfde opvatting bij Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 202; BGB-RGRK-Roth-Stielow Anm. 37 bij § 1357; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 91.

7 Roth, FamRZ 1979, p. 361-370; Büdenbender, FamRZ 1976, p. 667; Lüke, AcP 178 (1978), p. 20; Leipold, FS Gernhuber 1993, p. 704; OLG Koblenz, 13 september 1991, NJW-RR 1992, p. 706: niet Gesamt- maar Mitgläubigerschaft.

den, als de wederpartij bijvoorbeeld (net) geen echtgenoot (meer) heeft.

Waarom zou men voor deze oplossing kiezen als de § 428-variant meer de werkelijke situatie weergeeft? Het past ook beter in het beeld van in principe individuele echtgenoten met (in het algemeen) gescheiden vermogens die niet kunstmatig aan elkaar moeten worden gebonden, doordat zij allerlei rechtshandelingen alleen nog maar samen zouden kunnen verrichten. Daarnaast heeft de wederpartij alleen met één echtgenoot te maken en het ligt meer voor de hand om voldoening aan deze echtgenoot ook juridisch voldoende te achten, aldus in grote lijnen de opvatting van bovengenoemde eerste groep.

Wacke⁸ geeft een tussenoplossing voor bepaalde gevallen. Het ligt voor de hand om aan beiden te presteren ex § 432, indien de prestatie uit haar aard ondeelbaar is. Men kan daarbij denken aan het verzorgen van een huwelijksreis die uit haar aard alleen jegens beide echtgenoten kan plaatsvinden. Dit staat in tegenstelling tot een gewone vakantiereis, die de echtgenoten ook apart kunnen ondernemen.

Leipold voert aan dat de nadelen die met de werking van § 432 zijn verbonden, in de praktijk meevallen, zelfs opwegen tegen de nadelen van de Gesamtgläubiger-theorie van § 428. Bij § 428-verhoudingen, waarbij het presteren jegens een echtgenoot de wederpartij bevrijdt, is het volgens Leipold mogelijk dat de niet-handelende echtgenoot nakoming aan zichzelf eist, waarbij hij de wil heeft slechts voor zichzelf te verkrijgen. Door nakoming jegens deze echtgenoot zou de wederpartij hebben voldaan aan haar verplichtingen. Dit is ongewenst. Leipold spreekt dan ook een duidelijke voorkeur uit voor de Mitgläubiger-theorie van § 432: als jegens beiden moet worden gepresteerd, dan kan de ontvangst van de prestatie ook plaatsvinden aan een der echtgenoten die mede ontvangt jegens de andere. Daarmee is het onmogelijk dat jegens een der echtgenoten een prestatie wordt verricht waarbij de andere volkomen buiten spel staat, maar de debiteur desondanks wordt bevrijdt. Deze opvatting lijkt mij plausibel, maar zoals gezegd heeft het BGH in deze materie nog niet het laatste woord gesproken.

11.2 Goederenrechtelijke gevolgen van § 1357 BGB?

In de Duitse literatuur is een uitgebreide discussie gevoerd omtrent de goederenrechtelijke gevolgen van § 1357.⁹ Inmiddels heeft het BGH aan deze

⁸ MünchKomm, Randnr. 36 bij § 1357, noot 141.

⁹ Vóór automatische mede-eigendom van beide echtgenoten: Baur/Stürmer, Sachenrecht, p. 505; tegen goederenrechtelijke gevolgen: Käßler, AcP 179 (1979), p. 258-270; Walter, oratie Koblenz, p. 24, 30 e.v.; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 91; Baur, FS Beitzke, p. 114 noot 15; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 203; Langenfeld, Handbuch, Randnr. 68; Eichenhofer, JZ 1988, p. 329; Henrich, Familienrecht, p. 67. MünchKomm (Wacke) Randnr. 37 bij § 1357 lost dit probleem op via de omweg van de verkrijging van een goed door degene voor wie het is bestemd (*Lieferung an den es angeht*). Zo kan toch rekening worden gehouden met de mate waarin beide echtgenoten

discussie een eind gemaakt. In 1991¹⁰ heeft hij geoordeeld, dat § 1357 niet het gevolg heeft dat de echtgenoten van rechtswege mede-eigenaar worden van de aangeschafte goederen. Dat zou in strijd zijn met het systeem van de Zugewinnngemeinschaft die van een scheiding van goederen uitgaat. Indien men verkrijging in mede-eigendom zou aannemen, zou de scheiding van goederen weer teniet worden gedaan. In casu betrof het een echtpaar dat in Gütertrennung was gehuwd, maar daarvoor geldt dit argument in gelijke mate.

Ook bij het regime van gemeenschap van goederen zou een andere opvatting storend zijn, omdat door § 1357 gewone mede-eigendom ontstaat, terwijl de mede-eigendom op grond van de Gütergemeinschaft Gesamthandseigentum is.¹¹

Na deze overwegingen vervolgt het BGH met een praktische uitwerking, waardoor deze overwegingen weer aan kracht verliezen. In de regel, zo het BGH, moet ervan worden uitgegaan dat echtgenoten de goederen die 'Hausrat' zijn, gemeenschappelijk aanschaffen omdat zij hen ook gemeenschappelijk zullen gebruiken.¹² Als de wederpartij dit bij de aanschaf weet dan moet hij ervan uitgaan dat de levering aan beide echtgenoten gezamenlijk plaatsvindt, eventueel doordat de ene echtgenoot tevens als vertegenwoordiger van de andere optreedt. Indien de wederpartij van de bedoeling van de echtgenoten niet op de hoogte is dan zal hetzelfde rechtsgevolg intreden door toepassing van de regel dat de wederpartij levert 'an wen es angeht', omdat het hem om het even is, wie precies zijn contractspartij is. Alleen als uit de omstandigheden blijkt dat gemeenschappelijke verkrijging niet beoogd is, dan wordt de handelende echtgenoot exclusief eigenaar. Het BGH geeft als voorbeeld dat de goederen alleen bestemd zijn voor het gebruik door een van de echtgenoten of als cadeau voor één echtgenoot alleen zijn bestemd.

Als extra argument voert het BGH aan dat met deze opvatting wordt tegengegaan dat echtgenoten moeten wonen in een omgeving die wordt gevormd door goederen die voornamelijk aan de andere echtgenoot toebehoren. Het zou meer in overeenstemming zijn met het gevoel van de echtgenoten dat huisraad die gezamenlijk wordt gebruikt, aan beide echtgenoten toebehoort.

Dit laatste argument lijkt mij minder sterk omdat, zoals reeds in onderdeel 4.1 is vastgesteld, dat beide echtgenoten Mitbesitz hebben aan de huisraad. Aangezien hen dit in het Duitse recht een zeer sterke positie verschaft, zoals reeds eerder is uitgewerkt, lijkt mij het geen groot probleem te zijn, als de echtgenoten niet mede-eigenaar zijn van de huishoudelijke goederen. Er is

hebben bijgedragen in de financiering van een goed.

10 BGH 13 maart 1991, JZ 1992, p. 217-220, met noot Kick, BGHZ 114, p. 74, NJW 1991, p. 2883.

11 RG 21 mei 1930, RGZ 129, p. 120.

12 Zo ook OLG Koblenz 13 september 1991, NJW-RR 1992, p. 706; OLG Köln 12 juli 1995, NJW-RR 1996, p. 904. In deze casus betrof het antiquiteiten, maar aangezien deze ter inrichting van de echtelijke woning dienden, nam de rechter aan dat deze in mede-eigendom aan beide echtgenoten toebehoorden.

immers geen direct gevaar dat deze tegen de wil van de Mitbesitzer worden vervreemd.

KUNNEN ECHTGENOTEN DE WERKING VAN § 1357 UITSLUITEN?

Het is ook naar Duits recht mogelijk om in bepaalde gevallen onder de werking van § 1357 uit te komen. Opvallend is dat de wijze waarop de uitsluiting van § 1357 kan plaatsvinden, duidelijk van de Nederlandse verschilt.

Naar Duits recht kan de niet-handelende echtgenoot bij een specifieke transactie aangeven jegens de wederpartij, dat hij niet gebonden wenst te worden.¹³ Het is ook mogelijk dat dit rechtsgevolg reeds voortvloeit uit de aard van de transactie. Een voorbeeld uit de literatuur is de zogenaamde 'Hausfrauenkredit'. Bedoeld is hiermee het opnemen van krediet door de echtgenote waarbij duidelijk wordt afgesproken dat de handtekening van de man niet is vereist en dat deze verder buiten de gehele transactie moet blijven.¹⁴ Ook wordt het geval genoemd dat de man een cadeau koopt voor zijn vrouw en dit ook duidelijk maakt bij de koop. De verkoper moet daaruit begrijpen dat het niet de bedoeling is dat hij zich bij wanbetaling tot de begiftigde wendt.¹⁵

Daarnaast kan de echtgenoot in een verklaring aan zijn partner duidelijk maken, niet langer door deze gebonden te willen worden. Omstreden is of deze verklaring met derdenwerking kan worden ingeschreven in het Güterrechtsregister.¹⁶ Lüderitz is van mening dat zelfs indien geen inschrijving heeft plaatsgevonden, derden die door grove nalatigheid (grob fahrlässige Unkenntnis) niet op de hoogte zijn van de onttrekking van de Schlüsselgewalt, nog wel een beroep op deze bepaling kunnen doen.¹⁷

Als men voor andere mededelingsvormen kiest, dan moet de mededeling-

13 BGH 13 februari 1985, MDR 1985, p. 559; BGHZ 94, p. 1; BVerfG 3 oktober 1989, MDR 1990, p. 124; NJW 1990, p. 175; BGH 27 november 1991, FamRZ 1992, p. 909, BGHZ 116, p. 184; Henrich, Familienrecht, p. 69; Palandt/Diederichsen, Randnr. 26 bij § 1357 met een analoge verwijzing naar § 168 slot, waar deze vorm ook wordt toegestaan voor het 'widerrufen' van een volmacht in het algemeen.

14 Zie Mikat, FS Beitzke, p. 302. BGH 27 november 1991, FamRZ 1992, p. 291; BGHZ 116, p. 184, inzake een medische behandeling. In dit arrest wordt aangegeven onder welke omstandigheden aansprakelijkheid van de andere echtgenoot wordt afgewezen, waaronder het feit dat het gezin is verzekerd tegen ziektekosten en de verhouding tussen de te verwachten medische kosten en de financiële situatie van het gezin.

15 Henrich, Familienrecht, p. 66.

16 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 10 vor § 1558: de uitsluiting van de werking van § 1357 kan net als andere bepalingen met derdenwerking worden ingeschreven; MünchKomm (Wacke), Randnr. 39 bij § 1357. Zo ook Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 92; Gernhuber neemt in tegenstelling tot het bij Wacke in noot 154 gestelde, wél aan dat inschrijving van de beëindiging van de werking van § 1357 in het Güterrechtsregister mogelijk is; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 206.

17 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 92; MünchKomm (Wacke), Randnr. 39 bij § 1357.

wel zijn overgebracht volgens de algemene regels, § 168, 3e zin j° § 167 lid 1. Publicatie in een dagblad is niet voldoende; de andere echtgenoot moet bewijzen dat de derde inderdaad op de hoogte was van de inhoud ervan.¹⁸

GELDT § 1357 OOK BIJ GESCHIEDEN WONENDE ECHTGENOTEN?

Overeenkomstig het derde lid van § 1357 is de literatuur het er in grote lijnen over eens, dat bij een gescheiden levend echtpaar de werking van § 1357 'ruht' (opgeschort wordt) om benadeling van de niet-handelende echtgenoot door de werking van § 1357 uit te sluiten.¹⁹ Het is omstreden of hiervoor inschrijving is vereist.²⁰

ENKELE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKINGEN

Uit de bespreking van de Duitse "Schlüsselgewalt"-regeling waar naast een verdubbeling aan de passieve zijde (een hoofdelijk schuldenaarschap van beide echtgenoten) ook verdubbeling aan de actief-zijde wordt aangenomen, blijkt dat dit tot grote theoretische problemen leidt. De loskoppeling van de verbintenisrechtelijke aspecten van de goederenrechtelijke consequenties - de andere echtgenoot mag wel obligatoir een prestatie vorderen, maar bij levering moet men een modus vinden, dat hij niet in alle gevallen automatisch mede-eigenaar wordt bij levering van een goed aan de andere echtgenoot - is vrij problematisch en vergt een grote redeneerkunst.

Hieruit is af te leiden dat het voor de Nederlandse situatie het beste is om de bepaling van art. 1:85 beperkt uit te leggen en aan te nemen dat er slechts sprake is van verdubbeling aan de passief-zijde. Is men van oordeel dat daar ook een *recht* voor beide echtgenoten mee samen moet hangen dan heeft men te maken met een overeenkomst (titel) waarbij beide echtgenoten gelijkelijk gerechtigd zijn. Bij levering op grond van die overeenkomst aan de echtgenoot die de overeenkomst niet heeft gesloten, zou deze in eerste instantie alleen eigenaar worden volgens de regels van het goederenrecht (een eventuele boedelmenging op grond van het huwelijksvermogensregime even buiten beschouwing gelaten). Dit zou betekenen dat hij op grond van art. 1:90 ook het bestuur over dat goed heeft.

Indien men de werking van art. 1:85 ook op het goederenrechtelijk terrein wil toepassen, zodat beiden automatisch mede-eigenaar worden (eventueel via de werking van art. 3:110) dan stuit men op dezelfde dogmatische problemen als in Duitsland. In Nederland is mede-eigendom bij echtgenoten niet zo vreemd, omdat ons wettelijk stelsel op mede-eigendom is gebaseerd, maar de

18 Henrich, Familienrecht, p. 69; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 92; MünchKomm (Wacke), Randnr. 39 bij § 1357.

19 BGH 20 december 1951, BGHZ 4, p. 279. MünchKomm (Wacke), Randnr. 43 bij § 1357; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 92; Büdenbender, FamRZ 1976, p. 669; Henrich, Familienrecht, p. 68.

20 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 10 voor § 1558 voor inschrijving, maar in noot 16 geeft hij een aantal bronnen voor de heersende leer, die dit niet nodig acht.

vrijheid van echtgenoten om in huwelijkse voorwaarden enige splitsing van eigendom te bewerkstelligen, wordt dan praktisch sterk uitgehoud. Bovendien staan dan alle goederen die onder art. 1:85 vallen, onder gezamenlijk bestuur, een uiterst onpraktische en daarmee ongewenste situatie, zie onderdeel 1.2.2.

Ten aanzien van de opheffing van de Schlüsselgewalt door de echtgenoten lijkt mij de in Nederland heersende leer een adequate oplossing, met name met het oog op de positie van derden. Deze leer houdt in dat een wijziging in de art. 1:85-aansprakelijkheid moet plaatsvinden door middel van een rechterlijke uitspraak die wordt ingeschreven. Alle andere oplossingen, zoals die in het Duitse recht, die genoeg neemt met een overeenkomst tussen de echtgenoten die aan de wederpartij kan worden meegedeeld of eventueel kan worden ingeschreven in het Güterrechtsregister, leiden tot afwijking van het systeem dat alle veranderingen van het wettelijk systeem moeten worden ingeschreven in het register. De Nederlandse oplossing is, zoals eerder gezegd, niet feilloos maar een zekere consistentie in het inschrijvingsbeleid lijkt mij nuttig.

Het toestemmingsvereiste van de andere echtgenoot bij bepaalde rechtshandelingen naar Nederlands intern recht: art. 1:88 BW

12.1 Ratio en werkingssomvang van de regeling van art. 1:88 BW

Hoofdzakelijk strekt dit artikel ter bescherming van de niet-handelende echtgenoot tegen zijn partner.¹ Art. 1:88 werkt ook bij gescheiden wonende echtgenoten,² maar niet bij echtgenoten die zijn gescheiden van tafel en bed, art. 1:92a.

De categorie rechtshandelingen³ waarop art. 1:88 van toepassing is, mag niet te zeer beperkt worden. De Minister heeft te kennen gegeven dat voor effectieve toepassing van dit artikel ook pre-obligatoire handelingen zoals het verlenen van een optie en het doen van een aanbod onder de werking van dit artikel vallen.⁴ Hij beroept zich daarbij op art. 6:218, dat voor de vernietiging van een aanbod de regels omtrent de vernietiging van meerzijdige rechtshandelingen toepasselijk verklaart.⁵ Ik vraag mij af of dat een voldoende reden is. Het artikel is niet geschreven voor de vraag of het doen van een aanbod ook onder art. 1:88 moet vallen. Men heeft vooral gedacht aan de vraag of bepalingen van titel 3.2 ook op het doen van een aanbod van toepassing zijn.⁶ Ik ben het er wel mee eens dat het doen van een aanbod tot een rechtshandeling

1 Zo HR 19 maart 1993, NJ 1994 92 mnt. EAAL; herhaald in HR 19 november 1993, NJ 1994 259 mnt. WMK, zie Pitlo/Van der Burgh/Rood-de Boer, p. 170. Enkele auteurs spreken van gezinsbescherming als oogmerk, o.a. Otterspoor-Kousemaker, Enige opmerkingen met betrekking tot de gezinsbeschermende artikelen in het huwelijksgoederenrecht (met betrekking tot de voorlopers van de huidige bepaling); Lubbers, Hoofdzaken, p. 41; Mellema-Kranenburg, Handelingsonbevoegdheid, p. 4. Klaassen-Eggens-Luijten, p. 35, 37; De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 59 en Asser-De Ruiter nr. 238, zijn hier scherp tegen omdat dit begrip tot verkeerde conclusies kan leiden, zie Rb. Arnhem 22 juni 1961, NJ 1962 111, vernietigd door Hof Arnhem 2 januari 1962, NJ 1962 520; eerder al Minister Van Oven, Van Ewijk-Polak p. 24. Het gaat er primair om de echtgenoten zelf te beschermen. Lubbers/Hidma, aant. 1 bij art. 89. Zie voor de geschiedenis van deze term: Van Dijk, Praeadvies BN 1966, p. 36, 47.

2 Klaassen-Eggens-Luijten, p. 35, noot 86, en p. 37; De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 49; PG Aanpassing BW, p. 19. Kritisch Otterspoor-Kousemaker, Enige opmerkingen met betrekking tot de gezinsbeschermende artikelen in het huwelijksgoederenrecht, p. 96 e.v.

3 Voor de in art. 1:88 lid 1 genoemde overeenkomsten en *rechtshandelingen* is de toestemming van de echtgenoot vereist die niet partij is bij de overeenkomst. Ten aanzien van *feitelijke handelingen* geldt art. 1:88 niet. Zie Pitlo/Van der Burgh/Rood-de Boer, p. 151.

4 PG Inv. 3, 5 en 6, Boek 3, p. 18; PG Aanpassing BW, p. 38; Klaassen-Eggens-Luijten, p. 39.

5 PG Aanpassing BW, p. 18.

6 Asser-Hartkamp II nr. 149.

die door art. 88 aan de toestemmingseis is onderworpen, ook aan die toestemming gebonden is.

De Hoge Raad heeft voor het oude recht beslist dat een voorovereenkomst, ook al zou deze een echtgenoot verplichten om een in art. 1:88 genoemde overeenkomst te sluiten, niet onder de toestemmingseis valt.⁷ De vernietigingsmogelijkheid ten aanzien van de 'echte' overeenkomst geeft voldoende bescherming, aldus de Hoge Raad. Dit is niet juist, indien men aanneemt dat een voorovereenkomst de partijen verplicht tot het sluiten van de hoofdovereenkomst.⁸ Komt de echtgenoot deze verplichting niet na omdat de andere echtgenoot deze overeenkomst vernietigt, dan rust op de handelende echtgenoot een schadevergoedingsverbintenis ter zake van de niet-nakoming van de voorovereenkomst. In deze opvatting is de redenering van de Hoge Raad niet juist: de bescherming die de vernietigingsmogelijkheid van de hoofdovereenkomst biedt, is onvoldoende omdat de schadevergoedingsdreiging ten aanzien van niet-nakoming van de voorovereenkomst niet wordt opgeheven.

Voor het nieuwe recht is dit niet aan te nemen, zie ook de Parlementaire Geschiedenis bij de wijziging van Boek 1 in 1992.⁹

ART. 1:88 LID 2 BW: GEEN TOESTEMMING IS VEREIST BIJ VOORTBOUWENDE RECHTSHANDELINGEN

Art. 1:88 lid 2 geeft aan dat toestemming niet is vereist als een rechtshandeling wordt verricht omdat de echtgenoot daartoe is verplicht als gevolg van een eerdere rechtshandeling waarvoor wel toestemming is gegeven of waarvoor geen toestemming nodig was. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen bij een levering die plaatsvindt op basis van een koop met toestemming. Vooral bij het verkopen van de echtelijke woning valt op dat alleen toestemming bij de koop moet worden gegeven, niet meer bij de levering.¹⁰ De levering kan ook buiten de andere echtgenoot om plaatsvinden indien de koop al gesloten was voor het huwelijk¹¹ en het huis daarna als echtelijke woning in gebruik is genomen. Ten tijde van de koop, die tot de latere levering verplicht, was de toestemming immers niet nodig.

VORMVEREISTEN VOOR DE TOESTEMMING, ART. 1:88 LID 3 BW

De toestemming kan in beginsel vormvrij worden gegeven; ook een mondelinge toestemming is derhalve voldoende,¹² tenzij de rechtshandeling waar-

7 HR 1 november 1996, NJ 1997 133. Anders Voorlopig Verslag, PG Aanpassing BW, p. 21.

8 De A-G De Vries Lentsch-Kostense wees er in onderdeel 4 van haar conclusie op dat niet was gesteld dat de echtgenotes ook de voorovereenkomst aanvechtten, maar dit komt in de redenering van de Hoge Raad niet meer terug.

9 PG Aanpassing BW, p. 21; zo ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 43.

10 Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 150.

11 T&C (Van Duijvendijk-Brand), Aant. 8 bij art. 1:88.

12 HR 7 maart 1980, NJ 1980 395 mnt. EAAL.

voor toestemming moet worden gegeven, een vormvereiste kent. In dat geval is de toestemming aan dezelfde vorm gebonden, zie art. 1:88 lid 3. De leden van de Vaste Commissie van Justitie gaven te kennen dat zij een voorkeur hadden voor een schriftelijke toestemming, maar de Minister wees er in de MvA¹³ op, dat dit de mogelijkheid voor sabotage van samenspannende echtgenoten jegens een derde wel erg vergrootte. Het zou immers mogelijk zijn dat een echtgenoot later op een mondeling gegeven toestemming zou terugkomen omdat het hen beiden zo beter zou uitkomen. Op deze wijze kan dan de handelende echtgenoot wel heel gemakkelijk van een lastige overeenkomst worden verlost, mits de toestemmingverlening niet kan worden bewezen. Mijns inziens werd bij de behandeling van deze kwestie terecht door Wolffensperger opgemerkt, dat dit juist andersom zal werken.¹⁴ De derde zal veel meer moeten worden verplicht om naar de schriftelijk verleende toestemming te vragen, omdat hij veel minder snel mag aannemen dat de toestemming wel gegeven zal zijn. Dit dient de rechtszekerheid en, zo wil ik aan Wolffensperger toevoegen, het doet recht aan de beschermingsbedoeling van dit artikel.

Daarnaast wees de Minister op het gevaar dat een mondelinge toestemming bij een koopovereenkomst al te gemakkelijk als medecontracteren zou kunnen worden uitgelegd. Daardoor zou de andere echtgenoot medepartij worden. Dat heeft wellicht voor de derde allerlei voordelen (bijvoorbeeld kan hij dan beide echtgenoten tot betaling aanspreken), maar dit draagt natuurlijk niet bij tot een doelmatige bescherming van de echtgenoot. Dit probleem kan voorkomen worden door het gebruik van juiste formulieren, waarop de andere echtgenoot voor de toestemming moet tekenen, en niet als medepartij. Met De Ruiter¹⁵ ben ik van mening dat de schriftelijke vorm niet alleen voor rechtshandelingen zou moeten gelden waarvoor zelf ook deze eis is gesteld. Het voorbeeld dat hij hiervoor geeft is: het verkopen van een huis kan vormvrij geschieden, waardoor ook de toestemming vormvrij verleend kan worden, terwijl voor de levering wel vormeisen gelden, maar dan is de toestemming niet meer vereist.

Het probleem van dit voorbeeld lost zich misschien van zelf op. Ik ben met velen van mening dat het kopen van een huis ook aan vormvereisten moet worden gebonden.¹⁶ Als dat inderdaad in de toekomst verplicht wordt gesteld, dan volgt de toestemmingseis die verplichting automatisch.¹⁷

Ten aanzien van andere rechtshandelingen die onder art. 1:88 lid 1 sub a zijn genoemd ben ik het deels met De Ruiter eens. De verhuur van de echte-

13 PG Aanpassing BW, p. 25.

14 PG Aanpassing BW, p. 32.

15 Asser-De Ruiter nr. 240.

16 Zie over het voorstel van wet waar deze kwestie ook aan de orde komt: Hensen, NJB 1992, p. 1486. Deze eis wordt in bijna alle Europese landen gesteld, aldus Hensen.

17 Het ziet er naar uit dat dit gaat gebeuren. Een desbetreffend wetsvoorstel is naar de Tweede Kamer gezonden, nr. 23 095. Zie hierover het persbericht van het Ministerie van Justitie: JBN mei 1993, nr. 56.

lijke woning, of zelfs al een kamer met gebruik van de douche en de keuken,¹⁸ is wel zo ingrijpend dat de andere echtgenoot zich terdege van de gevolgen bewust moet zijn. Een schriftelijke toestemming zou dat zeker bevorderen. Dit speelt temeer omdat voor het huidige recht wordt aangenomen dat een toestemming ook stilzwijgend en zelfs achteraf kan worden gegeven.¹⁹

In het algemeen weten echtgenoten en derden niet eens dat art. 1:88 bestaat, laat staan in welke gevallen het geldt. De meesten zullen er pas mee te maken krijgen als zij naar een notaris of andere deskundige gaan, die hen op dat punt voorlicht. Dat is in de regel, om bij het voorbeeld te blijven, pas aan de orde bij het verlijden van de transportakte bij de overdracht van een huis, terwijl de koop allang vormvrij is gesloten. Ook bij het verhuren van de echtelijke woning of delen van de inboedel zullen echtgenoten vaak niet bewust toestemming verlenen, om de simpele reden dat zij niet eens weten dat dit wettelijk verplicht is. Indien men dwingend zou vasthouden aan de eis dat de toestemming steeds schriftelijk moet worden verleend, dan zouden vele transacties op losse schroeven komen te staan en zouden zij slechts door het verlopen van de termijn van art. 1:89 j° 3:52 lid 1 sub d) (verjaringstermijn van 3 jaar) of 3:55 (aflopen van een redelijke termijn, gesteld door een belanghebbende) worden gered. Ik denk daarbij bijvoorbeeld ook aan de steeds populairder wordende tweedehands-markten, waar mensen oude inboedelgoederen van de hand doen. Dit lijkt mij met het oog op de rechtszekerheid ook niet echt wenselijk.

Het lijkt mij een verstandig compromis voor de wetgever om de schriftelijke toestemmingseis te beperken tot transacties van art. 1:88 lid 1 sub a) die betrekking hebben op de echtelijke woning zelf of een bestanddeel ervan. Daarmee vallen genoemde huurovereenkomsten wel onder de toestemmings-eis, maar vallen verkopen van delen van de inboedel op 'vlooiemarkten' erbuiten.

VERVANGENDE TOESTEMMING DOOR DE KANTONRECHTER, ART. 1:88 LID 5 BW

Als de echtgenoot die toestemming moet geven, dit niet kan of wil doen²⁰ vanwege afwezigheid of een andere oorzaak,²¹ dan kan de kantonrechter hierover een beslissing geven die in de plaats komt van de toestemming van de echtgenoot. Van Duijvendijk-Brand²² wijst erop dat deze weg alleen gevolgd kan worden als de rechtshandeling nog niet is verricht, omdat anders de

18 Dit voorbeeld is van Nuytinck, diss., p. 135.

19 Asser-De Ruiter nr. 241.

20 De weigering om toestemming te geven kan waarschijnlijk niet worden gelijkgesteld met de vernietiging van de rechtshandeling. Zie de opvatting van Hof Amsterdam 2 november 1989, kenbaar uit HR 1 november 1991, NJ 1992 623 mnt. EAAL.

21 Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 163; anders Kraan, p. 232.

22 Compendium personen- en familierecht, nr. 55.

andere echtgenoot geen beroep meer kan doen op de nietigheid van de rechtshandeling.²³ Het kan zijn dat de echtgenoot eerder met opzet de toestemming heeft geweigerd. De kantonrechter zou het beroep op het ontbreken van de toestemming met zijn uitspraak doorkruisen als hij deze nog na het verrichten van de rechtshandeling zou geven. Dat kan niet de bedoeling zijn.

Kan een echtgenoot wiens huwelijkspartner de vereiste toestemming niet wil geven, door zijn contractuele wederpartij worden gedwongen om een rechterlijke beslissing uit te lokken? Hof Arnhem²⁴ oordeelde dat dit niet mogelijk was. Van der Burght²⁵ lijkt deze mogelijkheid de enige om spanning tussen de echtgenoten te voorkomen. Is dit een navolgenswaardige opvatting? Naar huidig recht kan de handelende echtgenoot de actie instellen. Het lijkt mij dat daar verandering in moet komen. Waarom zou de derde de rechterlijke toetsing niet kunnen uitlokken? Het is begrijpelijk dat men er niet aan wil dat de handelende echtgenoot de actie onder druk van de wederpartij moet instellen, omdat dit tot echtelijke spanningen kan leiden (was de druk wel echt zo groot dat de echtgenoot niet kon weerstaan, zal zich de te beschermen echtgenoot wellicht afvragen...) maar er is mijns inziens niets op tegen om - ook binnen de huidige wetstekst - aan te nemen dat ook de wederpartij de toetsing van de rechter zou moeten kunnen inroepen. De Minister gaat er blijkbaar niet van uit²⁶ dat dit mogelijk is, maar de wetstekst spreekt er niet van dat de echtgenoot die actie moet instellen. Ook de voorloper van deze bepaling, art. 1:88 lid 2 zoals dat gold tot 1 januari 1992, deed dit overigens niet.

12.2 Vernietiging op grond van art. 1:89 BW als de toestemming ontbreekt

Rechtshandelingen die onder art. 1:88 vallen, zijn voorshands ook zonder de vereiste toestemming geldig, maar zij kunnen onder bepaalde omstandigheden worden vernietigd door de gepasseerde echtgenoot die de toestemming had moeten geven binnen drie jaar nadat de handeling te zijner kennis is gekomen, art. 1:89 j° 3:52 lid 1. Art. 3:55 limiteert dit beroep ook tot een redelijke termijn die door de belangstellende is gesteld.²⁷ De gepasseerde echtge-

²³ Zie Rb Breda 18 juni 1958, NJ 1958 427.

²⁴ 27 november 1961, NJ 1963 213.

²⁵ Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 163-164.

²⁶ In PG Aanpassing BW, p. 35, geeft hij een voorbeeld van een echtgenoot die de actie zou moeten instellen met alle nadelige gevolgen voor het gezinsleven van dien.

²⁷ Deze regel biedt voor derden een oplossing om aan de onzekerheid een einde te maken. Vroeger duurde de onzekerheid slechts een jaar, omdat de termijn waarbinnen de actie van art. 89 moest worden ingesteld, tot die lengte was beperkt. Door de verwijzing naar bij de algemene verjaringsregels van Boek 3 is die termijn nu drie jaar geworden.

noot²⁸ kan een beroep op vernietiging doen door een mededeling aan de wederpartij te doen toekomen, art. 1:89 j° 3:50,²⁹ waarbij art. 1:89 lid 4 bepaalt dat de verklaring niet mede aan de handelende echtgenoot hoeft te worden gericht. De wet kent voor deze verklaring geen vormvereiste, art. 3:37 lid 2,³⁰ maar uit het oogpunt van bewijs is de schriftelijke vorm in de regel aan te bevelen.³¹ Ook in een proces kan de vernietiging nog als exceptie worden voorgebracht, art. 3:51. De vernietiging is niet daardoor geblokkeerd dat door de rechtshandeling de andere echtgenoot medeschuldenaar is geworden, bijvoorbeeld door de aankoop van een wasmachine op afbetaling, art. 1:85. Door de vernietiging van de koop vervallen dan de verplichtingen van beide echtgenoten.³²

Als eenmaal de vernietiging heeft plaatsgevonden dan kunnen alle betrokkenen, dus ook de handelende echtgenoot, de daaruit voortvloeiende acties instellen, bijvoorbeeld de revindicatie van reeds afgeleverde zaken.³³

Derden die te goeder trouw niet om niet hebben verkregen, worden beschermd, nu tegen hen geen vernietigingsactie kan worden ingesteld, art. 1:89 lid 2. Dit zal later nog worden uitgewerkt.

VERNIETIGING KAN OOK ONDER OMSTANDIGHEDEN NA BEËINDIGING VAN HET HUWELIJK PLAATSVINDEN

Bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW in 1992 is de bepaling van art. 1:89 lid 3 BW opgenomen die aangeeft dat ook na beëindiging van het huwelijk een beroep kan worden gedaan op een vernietigingsgrond die voordien was ontstaan. De achtergrond hiervan in de parlementaire debatten was met name dat men aan een echtgenoot, die een vernietigingsgrond kon inroepen voordat het huwelijk eindigde door de dood van de partner, hierna niet deze mogelijkheid wilde onthouden omdat de langstlevende echtgenoot erfgenaam is van de overledene en als zodanig gehouden is tot nakoming van de door de overledene aangegane verbintenissen.

Zoals ik met Huijgen³⁴ heb verdedigd, betekent dit ook dat aan de langstlevende een vernietigingsrecht toekomt als de dreigende inbreuk op het leefmilieu wordt veroorzaakt door een testament dat aan het woongenot van de andere echtgenoot een einde maakt, bijvoorbeeld doordat de kinderen of (nog erger) een vriend of vriendin van de testateur als erfgenaam van de woning

28 Alleen aan de niet-handelende echtgenoot en eventueel zijn erfgenamen komt deze bevoegdheid toe, niet aan de handelende echtgenoot. Compendium personen- en familierecht, nr. 56 met een beroep op HR 22 december 1979, NJ 1980 3 mnt. WMK.

29 Voor registergoederen geldt hier zoals gezegd een aparte regeling.

30 Alleen als de vernietigde rechtshandeling valt onder 3:50 lid 2 (in het kort: betrekking heeft op een registergoed) dan moet de vernietiging gerechtelijk geschieden tenzij alle partijen berusten in de buitengerechtelijke vernietiging.

31 Luijten, Personen- en familierecht II, p. 36.

32 Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 163.

33 Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 165.

34 WPNR 6208 (1996).

worden aangewezen. Deze opvatting kan met name worden verdedigd door een beroep op het feit dat de vernietigingsgrond - het dreigende einde van het woongenot van de langstlevende - door het opmaken van het testament reeds in het leven is geroepen voordat de erflater is overleden. Toegegeven kan worden dat het nog maar de vraag is of dit testament ooit werking verkrijgt omdat het steeds kan worden herroepen, maar hier kan mijns inziens een parallel worden getrokken met andere rechtshandelingen die worden verricht onder opschortende voorwaarde.³⁵ Men denke bijvoorbeeld aan de voorwaardelijke schenking van een collier aan de dochter onder de voorwaarde dat zij op haar vijfentwintigste verjaardag is gehuwd. Men weet nog niet of deze voorwaarde ooit in vervulling zal gaan zolang de verjaardag nog niet daar is. Dat betekent niet dat indien deze schenking is gedaan onder invloed van een wilsgebrek, bijvoorbeeld misbruik van omstandigheden, de vernietiging van de schenking pas zou kunnen plaatsvinden op het moment dat de dochter 25 jaar wordt, lijkt mij. In de literatuur³⁶ wordt verdedigd dat de verbintenis uit de overeenkomst sluimert totdat duidelijk is dat de voorwaarde wel of niet wordt vervuld. Het lijkt mij dat de bevoegdheid tot vernietiging dan een soortgelijk lot treft, waarbij de vernietigingsgrond steeds aanwezig is.

Uit deze analogie met het gewone verbintenissenrecht die wordt gesteund door de schakelbepaling van art. 6:26 BW, is mijns inziens duidelijk af te lezen dat, ook al kan nog niet eenduidig worden gezegd dat een bepaald rechtsgevolg daadwerkelijk intreedt omdat de voorwaarde (in ons voorbeeld het huwelijk voor de 25e verjaardag, of bij het testament het overlijden van de erflater zonder het testament te hebben herroepen) nog niet is ingetreden, dit niet aan ontstaan van een vernietigingsgrond in de weg staat. De vernietigingsgrond die is gebaseerd op ontbrekende toestemming van de andere echtgenoot ontstaat bij art. 1:89 dan ook ten tijde van het opmaken van het testament door de erflater. Zodra de andere echtgenoot erachter komt dat dit testament inbreuk op zijn woongenot van de echtelijke woning maakt - gezien het voorgaande is dit pas op het moment dat zowel de voorwaarde van niet-herroeping alsook de het overlijden van de erflater hebben plaatsgevonden - ontstaat de mogelijkheid om een beroep te doen op de vernietigingsgrond. De verjaringstermijn van art. 3:52 lid 1 sub d³⁷ zal mijns inziens pas gaan lopen na het overlijden, hoewel de grond voor vernietiging reeds was ontstaan tijdens het huwelijk. Door de werking van art. 1:89 lid 3 BW verliest de

35 Het intreden van de werking van een testament is immers zowel afhankelijk van de voorwaarde dat het niet wordt herroepen voordat de erflater overlijdt. De werking van een niet-herroepen testament wederom is afhankelijk van de tijdsbepaling: het overlijden van de erflater.

36 Verbintenissenrecht losbl. (Den Tonkelaar), aant. 9 bij art. 6:22.

37 Het ligt hier niet voor de hand om de termijn sub a) aan te nemen, hoewel dit in casu tot hetzelfde resultaat zou leiden: 3 jaar nadat de andere echtgenoot is overleden. Hoewel ik de toestemmingsproblematiek kwalificeer als een bijzondere vorm van handelingsonbekwaamheid, is het niet zo dat er een wettelijk vertegenwoordiger is die namens de betrokkene zou kunnen handelen.

andere echtgenoot niet het recht om zich op de vernietigingsgrond te beroepen doordat het huwelijk eindigt.

WANNEER IS EEN DERDE TE GOEDER TROUW IN DE ZIN VAN ART. 1:89 BW?

Als hoofdregel moet worden aangenomen dat de goede trouw in dit artikel wordt omschreven in art. 3:11: niet weten en niet hoeven weten, om deze bepaling kort samen te vatten. Of een onderzoeksplicht voor de derde wordt aangenomen, en hoever deze reikt, moet verder aan de hand van de feiten worden ingevuld. Men kan daarbij denken aan de aard van de zaak, de eventuele mededelingen van de handelende echtgenoot omtrent zijn burgerlijke staat en andere feiten die voor de toepasselijkheid van art. 1:89 van belang zijn.

a. De aard van de zaak en de wijze van verkrijging ervan

Kleijn³⁸ wijst erop dat bij een ‘zaak van inboedel’, tegenwoordig gedefinieerd in art. 3:5, altijd een onderzoeksplicht bestaat naar het bestaan van het toestemmingsvereiste. Uit de aard van het goed groeit al een vermoeden dat het wel eens deel zou kunnen uitmaken van een echtelijke woning in de zin van art. 1:88 lid 1 sub a.

Een ander voorbeeld betreft de toepasselijkheid van art. 1:88 lid 1 sub d. De parlementaire geschiedenis haalt als voorbeeld aan dat iemand een personenauto op afbetaling koopt en vertelt dat hij deze zakelijk zal gaan gebruiken.³⁹ Indien de wederpartij niet zeker weet dat de koper een beroep of bedrijf heeft dat hem tot veelvuldig autorijden dwingt, mag hij niet zomaar ervan uitgaan dat de toestemming niet nodig is. Forenzen vallen niet onder de uitzondering.⁴⁰

Ten aanzien van de verkrijging van inboedelgoederen op een veiling is volgens Van der Burght⁴¹ ook een uitzondering op zijn plaats omdat anders het veilingwezen een gevoelige klap zou krijgen. Men zou dan in deze gevallen nader onderzoek naar de toestemming moeten plegen en dat lijkt hem niet haalbaar. Daarom bepleit hij voor deze gevallen een ruime toepassing van het begrip ‘goede trouw’ bij roerende zaken die op veilingen worden verkregen. Hij verwijst hiervoor naar de goede trouw bij art. 1:92. Afgezien van het resultaat keer ik mij tegen de gebruikte argumentatie. De regeling van art. 1:92 is een uitwerking van de goede trouw van art. 3:86 (zie ook onderdeel 3.1.1) die alleen werkt bij *bestuursoverschrijdingen*, hetgeen duidelijk is af te leiden uit de tekst van art. 1:92. Geheel los daarvan staat de toestemmingseis van art. 1:88 met een eigen derdenbeschermingsregel in

38 Oratie Leiden, p. 10 noot 11.

39 MvT II, PG Aanpassing BW, p. 20. Een soortgelijk voorbeeld wordt ook gegeven in de MvA II, PG Aanpassing BW, p. 34-35.

40 Van Mourik, WPNR 5640 (1983), met een beroep op de Toelichting, PG Aanpassing BW, p. 20.

41 Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 165.

art. 89. Deze heeft niets met bestuursbevoegdheid te maken; juist bij eigen goederen moet immers toestemming voor de daarop betrekking hebbende rechtshandelingen worden verkregen. Daarnaast vallen ook rechtshandelingen onder art. 1:88 die geen bestuurshandelingen zijn (en waarvoor art. 1:92 dus niet is geschreven), bijvoorbeeld de verkoop van een eetkamertafel uit de echtelijke woning waar de niet-handelende echtgenoot het bestuur over heeft.

Welke redenering is dan wel bruikbaar bij de toepasselijkheid van art. 1:88 bij veilingen? De uitkomst van deze vraag lijkt met name te zijn ingegeven door de feitelijke uitkomst van de redenering. Is men, zoals Van der Burght, van mening dat het veilingwezen niets in de weg moet worden gelegd, dan zal men verdedigen dat art. 1:88 geen serieuze rol is toebedeeld in het spel tussen de handelende echtgenoot, het veilinghuis (dat al dan niet op eigen naam handelt) en de koper op de veiling. De bescherming van de andere echtgenoot geraakt daarbij op de achtergrond.

Daarnaast kan bij deze opvatting nog een ander aspect een rol spelen indien de handelende echtgenoot niet alleen handelt zonder de vereiste toestemming van zijn partner, maar tevens inbreuk maakt op diens bestuursbevoegdheid door een goed dat onder diens bestuur staat, te leveren aan de koper op de veiling. In dat geval rijst de vraag of de koper zich voor de verkrijging van het eigendomsrecht aan het desbetreffende goed kan beroepen op art. 1:92. Het lijkt erop dat Soons⁴² in dit geval alleen een beroep op art. 2014 (oud), vergelijkbaar met art. 3:86 (nieuw) wil toelaten, maar geheel duidelijk wordt dit niet. De achterliggende gedachte hierbij is: kan een koper die niet weet en niet hoeft te weten dat het geveilde goed deel uitmaakte van de inboedel van de verkopende echtgenoot en onder bestuur stond van diens partner, een beroep doen op de huwelijksvermogensrechtelijke uitzonderingsregel van art. 1:92. Het komt het op het eerste gezicht vreemd over, dat de koper ineens wel een beroep zou kunnen doen dat de vervreemder is gehuwd, terwijl hij dat tevoren bij de bepaling of hij te goeder trouw was in het kader van art. 1:88 nog niet wist. Aangezien in het huwelijksvermogensrecht niet de eis wordt gesteld dat degene die een beroep wil doen op art. 1:92, ten tijde van de levering zou moeten weten van de huwelijksvermogensrechtelijke bijzonderheden van de wederpartij, lijkt mij deze eis ook in deze context niet aan de orde. Enige mate van paradoxie blijft hier aanwezig. Het resultaat is dat de koper zich in een gunstiger positie bevindt dan wanneer de inbrenger niet was gehuwd en een zaak zou inbrengen waarover hij volgens het algemene zakenrecht niet beschikkingsbevoegd zou zijn. In dat geval zou de koper zich op art. 3:86 met zijn gewone onderzoeksplicht van art. 3:11 moeten beroepen.⁴³ Is de zaak van diefstal afkomstig, dan staat de koper aan een nog

⁴² De Bruijn/Soons/Kleijn, p. 46-47.

⁴³ Indien in de algemene veilingvoorwaarden staat dat de veiling niet garandeert dat de inbrenger beschikkingsbevoegd is, zoals in de praktijk blijkt het onderzoek van Stuart voorkomt, vraag ik mij af of er sprake kan zijn van goede trouw bij de koper op de veiling.

groter gevaar bloot, omdat de diefstal-bescherming van art. 3:86 lid 3 niet werkt: een veiling is immers geen 'winkel' in de daar bedoelde zin.

Wil men daarentegen de niet-handelende echtgenoot een van de hoofdrollen toebedelen ongeacht de omstandigheden van de verkrijging dan zal ook bij de verkoop via een veiling een (min of meer theoretische) onderzoeksplicht van de koper (of het veilinghuis indien het goed eerst wordt gekocht door het veilinghuis en later wordt doorverkocht aan de koper op de veiling) worden aangenomen. Hieraan zal dan in de regel niet zijn voldaan, waarmee aan de niet-handelende echtgenoot een beroep op vernietiging van de koopovereenkomst jegens de wederpartij blijft toekomen. De wederpartij is immers tekort geschoten in de op haar rustende onderzoeksplicht en daarom niet te goeder trouw in de zin van art. 1:89.

Kort samengevat rest ons hier de keuze tussen twee extremen: de koper verkeert in een positie die gunstiger is dan wanneer de inbrenger ongehuwd is, waarbij de koper dit voordeeltje in de schoot geworpen krijgt als hij niets weet van de gehuwde staat van de inbrenger. Het alternatief is dat de koper minder vaak als te goeder trouw in de zin van art. 1:88 kan worden gezien.⁴⁴ Bij een geslaagde vernietigingsactie van de andere echtgenoot blijft de koper dan met lege handen achter: immers ook de koopovereenkomst zou dan worden vernietigd, waarna niet eens een wanprestatievordering jegens de handelende echtgenoot overblijft.

Naar welk van de twee scenario's gaat mijn voorkeur uit? Afgaande op de ratio van art. 1:88 kan koop op een veiling mijns inziens geen afdoende reden zijn om de bescherming van de andere echtgenoot bij voorbaat uit te sluiten door min of meer automatisch goede trouw bij de koper aan te nemen. Dit zou wellicht anders zijn als veilinghuizen in de algemene voorwaarden zouden garanderen dat zij onderzoek naar de toestemming hebben ingesteld en deze zo nodig hebben verkregen, maar dit is niet algemeen gebruikelijk zo leert een vergelijking van de algemene voorwaarden van een aantal veilinghuizen.⁴⁵ Neemt men de tweede opvatting aan, dan staat de niet-handelende echtgenoot met geheel lege handen en heeft hij een positie die slechter is dan die van een willekeurige derde wiens goederen op de veiling door een onbevoegde worden aangeboden. Dat kan mijns inziens niet de juiste weg zijn.

b. Rechtsdwaling

De basis van de onjuiste veronderstelling dat geen toestemming vereist zou

⁴⁴ Op de goede trouw in de zin van art. 1:92 heeft dit geen effect, omdat daar het enkele feit dat de handelende echtgenoot het goed ter veiling aanbiedt, al het vermoeden doet rijzen dat hij daarover bestuursbevoegd is.

⁴⁵ Zie hiervoor de doctoraalscriptie van Arnold Jan Stuart, *Veilingen, civielrechtelijke aantekeningen bij kunst- en antiekveilingen*, Leiden 1994.

zijn kan ook liggen in rechtsdwaling. Een beroep op rechtsdwaling baat de derde in de regel niet,⁴⁶ evenmin als onkunde van het bestaan van art. 1:88.⁴⁷

c. Dwaling ten aanzien van de huwelijkse staat van de handelende echtgenoot. Onder anderen De Ruiter en Van Mourik⁴⁸ pleiten met het oog op het hoge percentage gehuwde Nederlanders vanaf 18 jaar zelfs voor een algemene onderzoeksplicht bij potentiële art. 1:88-handelingen. Ik ben van mening dat dit onder meer afhangt van de sociale context en de leeftijd van partijen, omdat het percentage gehuwden in de verschillende leeftijdsgroepen sterk verschilt. De onderzoeksplicht wordt gekoppeld aan ervaringsfeiten en daardoor veroorzaakte legitieme verwachtingen.

De derde moet zo nodig onderzoek naar de burgerlijke staat instellen.⁴⁹ De vraag rijst dan of, net als ten aanzien van het algemene huwelijksgoederenrecht in onderdeel 5.1.1, ook hier een uitzondering moet worden gemaakt voor het geval dat de handelende echtgenoot zijn gehuwde staat verzwijgt, of onjuiste mededelingen doet. Zodra er aanwijzingen zijn voor het foutieve karakter van deze mededelingen is het voor de hand liggend dat een derde niet te goeder trouw op die mededelingen mag afgaan, maar het is twijfelachtig of dat altijd het geval is. Huls⁵⁰ is van mening dat een derde nooit op die mededelingen mag afgaan omdat anders een te grote inbreuk op de positie van de te beschermen echtgenoot zou dreigen. Omdat dit een vrij vergaande onderzoeksplicht op de derde legt, en anders dan bij het huwelijksgoederenrecht in enge zin waar de echtgenoten ook een beetje 'op eigen risico' zijn getrouwd, kan ik gezien de bijzondere beschermingsratio bij art. 1:88, met een vergaande bescherming van de niet-handelende echtgenoot instemmen.⁵¹ Pas bij een daadwerkelijke samenspanning tussen de echtgenoten slaat de weegschaal dan weer ten gunste van de wederpartij uit, en kan er plaats zijn voor een onrechtmatige daad-actie tegen de echtgenoot, zie verderop.

d. De derde denkt ten onrechte dat de toestemming al gegeven is. Een andere mogelijkheid is dat de derde ten onrechte in de veronderstelling verkeert dat de toestemming al gegeven is. Ook als hem een toestemmingsverklaring wordt overlegd die vals blijkt te zijn, dan kan hem

46 HR 15 december 1978, NJ 1979 427 mnt. EAAL (Maastrichtse woning II), zie Nuytinck, diss., p. 151.

47 HR 15 december 1978, NJ 1979 427 mnt. EAAL; De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 58; Nuytinck diss., p. 146, 151, 155-156, in het bijzonder noot 441; waarschijnlijk anders: Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 165.

48 Asser-De Ruiter nr. 257 met verdere literatuur over dit punt; Van Mourik, WPNR 5449 (1978), p. 565.

49 Zo ook Luijten, Personen- en familierecht II, p. 37 met verdere verwijzingen; Geelhand, diss. nr. 921; Huls, p. 158; anders Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 154.

50 P. 158.

51 Dit sluit ook aan bij de rechtspraak inzake het risico van een valse verklaring, zie onder de volgende categorie.

worden tegengeworpen dat de toestemming in werkelijkheid niet is verleend, zo besliste de Hoge Raad.⁵² In dit geval had een notaris aan de vrouw een schriftelijk stuk gestuurd waarin zij vroeg om toestemming voor het feit dat de man zich als hoofdelijk medeschuldenaar verbond voor een geldlening bij een bank. De vrouw stuurt daarop aan die notaris een verklaring dat zij niet akkoord gaat met de geldleen waarvoor haar man zich als hoofdelijk medeschuldenaar wil verbinden. Deze verklaring heeft de bank, naar zij stelt, nooit bereikt. Op wonderlijke wijze is aan de akte van geldleen wel een toestemmingsverklaring van de vrouw gehecht, maar de handtekening op de verklaring blijkt later vals te zijn.⁵³ De Hoge Raad staat toe dat de vrouw zich op het ontbreken van de toestemming beroept als de bank de man tot betaling aanspreekt. De bank moet de verklaring van de vrouw, dat zij geen toestemming wilde geven, tegen zich laten gelden omdat de verklaring de notaris heeft bereikt en de vrouw daarmee heeft kunnen volstaan. De Hoge Raad ziet dit als een mededeling mede aan de opdrachtgever van de notaris. Daarmee is aan de eis van art. 1:89 lid 4 voldaan dat de verklaring moet hebben bereikt.

ONRECHTMATIGE DAAD VAN ECHTGENOTEN JEGENS DERDEN BIJ ONJUISTE INLICHTINGEN OVER DE TE GEVEN TOESTEMMING OF BIJ SAMENSPANNING TUSSEN DE ECHTGENOTEN?

Mocht het voorkomen dat de derde bij gebrek aan onderzoek niet te goeder trouw is, maar dat de derde door onrechtmatige handelingen van de echtgenoot in de veronderstelling verkeerde, dat deze toestemming had tot het verrichten van de later vernietigde rechtshandeling, dan heeft een benadeelde ‘wederpartij’⁵⁴ eventueel de mogelijkheid om met een actie uit onrechtmatige daad tegen de echtgenoot-wederpartij de schade vergoed te krijgen. De Parlementaire Geschiedenis⁵⁵ noemt het geval dat de echtgenoot de wederpartij heeft misleid. Van Mourik⁵⁶ bespreekt een bewuste verzwijging van het toestemmingsvereiste, maar het bewijs van dit feit zal erg moeilijk zijn. De Hoge Raad⁵⁷ heeft weliswaar voor het oude recht, maar mijns inziens nog steeds bruikbaar, een beroep op onrechtmatige daad door een derde niet gehonoreerd jegens wie de borg had verzwegen dat hij was gehuwd. Hof

52 HR 1 november 1991, NJ 1992 623 mnt EAAL. Zie ook HR 24 mei 1991, NJ 1992 246 mnt. PvS. In de bijzondere omstandigheden van dit geval leverde het geknoei met de handtekening van de echtgenote door de echtgenoot een onrechtmatige daad op jegens de wederpartij die door de vernietiging van de overeenkomst schade had geleden.

53 Luijten wijst er in zijn noot onder het arrest op dat de toestemmingsverklaring betrof: het aangaan van een geldlening met hypotheekstelling, zonder dat expliciet sprake was van binding als hoofdelijk medeschuldenaar, maar dit speelt verder geen rol in de procedure tot dat moment.

54 Het is een wederpartij bij een overeenkomst die met terugwerkende kracht is vernietigd. Daarom is het begrijpelijk dat hier een onrechtmatige daad-actie wordt ingesteld en niet een actie uit contract.

55 PG Invoeringswet 1969 Boek 1, p. 1194; Asser-De Ruiter nr. 263.

56 WPNR 5449 (1978).

57 HR 24 mei 1991, NJ 1992 246 mnt. PvS.

Amsterdam⁵⁸ achtte in een IPR-setting een wanprestatie- of onrechtmatige daad-actie niet passend bij de echtgenotenbescherming. Eventueel zou dit op grond van de redelijkheid en billijkheid anders kunnen zijn als de man hierover jegens de bank welbewust had gezwegen, maar dat was in casu niet aangetoond. Ook hier gooit de bescherming van de niet-handelende echtgenoot hoge ogen, ten koste van de derde die zich ineens met een vernietigingsactie geconfronteerd ziet. De vraag of onrechtmatig is gehandeld zal ook afhangen van de mogelijkheden van de derde om bij de andere echtgenoot direct te informeren en de kans dat de toestemming ook daadwerkelijk zou worden gegeven.⁵⁹ Een verbintenis tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad is een gemeenschapsschuld.⁶⁰

In de notariële en bankpraktijk wordt ‘voor de zekerheid’ vaak de handtekening van beide echtgenoten verlangd bij art. 1:88-rechtshandelingen, een advies dat ook de parlementaire geschiedenis geeft, maar wat niet altijd zonder bezwaren ook te realiseren is. De Minister wijst er in ander verband op dat door verhinderd van de andere echtgenoot deze tweede handtekening niet altijd even gemakkelijk is te verkrijgen. Ik kan mij voorstellen dat voor een instelling, waar de geldigheid van de rechtshandeling een absoluut vereiste is, deze extra moeite opweegt tegen de ongemakken die opdoemen als achteraf blijkt dat de toestemming toch ontbreekt.⁶¹

ALTIJD EEN BEROEP OP ART. 1:89 MOGELIJK ALS DE HANDELING EEN GIFT IS
Indien de handeling geen gift is, dan is vernietiging ex art. 1:89 alleen mogelijk als de wederpartij niet te goeder trouw is. Betreft de handeling daarentegen een gift, dan is vernietiging altijd mogelijk. Mijns inziens moet men dit in die zin opvatten, dat indien het een handeling betreft die valt onder de toestemmingseis van art. 1:88, vernietiging altijd mogelijk is. Daarop wijst ook De Bruijn-Soons-Kleijn,⁶² die de samenhang beklemtoont met de term ‘gift’ in art. 7A:1715, de tussen echtgenoten gedane materiële schenkingen die ‘nietig’ zijn. Het lijkt mij ook in overeenstemming met de zeer summierse parlementaire toelichting op dit artikel⁶³ om de term in lid 2 van art. 1:89 in dezelfde zin op te vatten als ‘gift’ in art. 1:88 lid 1 sub b). Het komt erop neer dat elke materiële bevoordeling die een gift in materiële zin is, aan vernietiging bloot staat, voorzover zij aan de toestemmingseis is onderworpen.

EEN BEROEP OP ART. 1:89 IN STRIJD MET DE REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID?
Ten slotte zou ook nog geprobeerd kunnen worden om een vernietiging op

58 2 maart 1989, NJ 1990 270.

59 Compendium personen- en familierecht, nr. 56 met verwijzingen naar Hof Den Bosch 15 december 1977, NJ 1978 251 en Hof Den Bosch 12 december 1978, NJ 1979 330.

60 Luijten, Personen- en familierecht II, p. 36-37.

61 Nuytinck, diss., p. 148; PG Aanpassing BW, p. 20, 33.

62 De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 62.

63 PG Invoeringswet 1969 Boek 1, p. 1176.

grond van art. 89 af te weren met een beroep op strijd met de redelijkheid en billijkheid. In de Fiets-O-Fit-zaak is dit niet aan de orde gekomen, maar daarom lijkt het mij nog niet uitgesloten. Indien tijdig naar voren gebracht, zou het misschien succesvol kunnen zijn. In ieder geval moet men ook de belangen van de gepasseerde echtgenoot mee wegen, zodat een dusdanig beroep niet al te vaak zal slagen. De bepaling zou alleen buiten toepassing kunnen blijven als dit naar de maatstaf van art. 6:2 onaanvaardbaar zou zijn, aldus de Hoge Raad.⁶⁴ Gezien de ratio van de bepaling zal enkel tijdsverloop, dat eventueel wordt veroorzaakt doordat de handelende echtgenoot de andere van de toestemmingseis onkundig laat, geen invloed hebben op de goede trouw van de derde, zo expliciet een arrest van het Hof Arnhem.⁶⁵ Dit is ook niet van invloed op de vraag of het beroep op art. 1:89 in strijd is met de redelijkheid en billijkheid zoals blijkt uit de overwegingen van de Hoge Raad.⁶⁶

12.3 Kwalificatie van het toestemmingsvereiste

Hoe kan het toestemmingsvereiste worden gekwalificeerd? In de literatuur wordt het vrij eensluidend omschreven als handelingsonbevoegdheid van de echtgenoot. Wat wederom het gevolg is van de handelingsonbevoegdheid, is omstreden. Nuytinck⁶⁷ verdedigt dat art. 1:88 niet leidt tot beschikkingsonbevoegdheid of een titelgebrek; het zou daarentegen een specifiek huwelijksvermogensrechtelijk geval van onbevoegdheid betreffen. Wat dat precies betekent, laat hij in het midden; zo ook Van Mourik die niet op de verdere gevolgen van een geslaagd beroep op art. 1:89 ingaat.⁶⁸

Van der Burght⁶⁹ spreekt van handelingsonbevoegdheid, waarbij het beroep hierop een titelgebrek tot gevolg heeft. Hij keert zich duidelijk tegen Nuytincks opvatting. Hij concludeert dan ook dat er 'zakenrechtelijk wel iets mis is' als de handelende echtgenoot handelingsonbevoegd is.

De Ruiter⁷⁰ meent dat er sprake is van een beperking van de handelingsbevoegdheid van de echtgenoten. De vernietiging heeft in zijn visie een titelgebrek tot gevolg.

Kleijn⁷¹ sprak onder het oude recht van een titelgebrek dat bij een vernieti-

64 HR 19 maart 1993, NJ 1994 92 mnt. EAAL.

65 Het Hof-arrest is in de NJ-publicatie opgenomen bij HR 19 maart 1993, NJ 1994 92 mnt. EAAL.

66 HR 19 maart 1993, NJ 1994 92 mnt. EAAL, r.o. 3.8.

67 Diss., p. 133.

68 WPNR 5449 (1978); Huwelijk en vermogensrecht, p. 47; WPNR 5896 (1988), p. 680. In de bespreking van de dissertatie van Nuytinck is hij vrij kritisch over de definitie van handelingsonbevoegdheid die Nuytinck bezigt. Terecht wijst hij erop dat het moet gaan om een gebrek waarvoor door een andere partij een beroep op nietigheid kan worden gedaan.

69 Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 163, 167.

70 Asser-De Ruiter nr. 237.

71 De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 61.

ging van de overeenkomst tot gevolg heeft dat de eventueel gevolgde levering wegvalt bij gebrek aan een geldige titel. In NBW-termen zou men zeggen dat bij gebrek aan een titel geen overdracht tot stand komt, art. 3:84.

In mijn opvatting betreft het een soort van *handelingsonbekwaamheid* die niet besloten ligt in de persoon van de handelende maar die zich daarin uit dat tevens de toestemming van de andere echtgenoot vereist is om tot een onaantastbare juridisch relevante wil te komen. Het is duidelijk dat *handelingsonbekwaamheid* iets anders is dan *handelingsonbevoegdheid*. *Handelingsonbevoegdheid* in art. 3:43 is gebaseerd op een dreigende belangenverstrengeling waardoor deze personen in gevaar zijn om rechtshandelingen te verrichten die niet in overeenstemming zijn met de onkreukbaarheid van betrokkenen in de bijzondere functies die zij bekleden. Mochten de in deze bepaling genoemde personen inderdaad aan de verleiding toegeven, dan zou dit inbreuk maken op het algemeen belang dat zij door correcte uitoefening van hun functie moeten dienen.⁷² De sanctie van art. 3:43 is in beginsel de nietigheid. Slechts bij rechtshandelingen die verricht zijn door de in sub c) genoemde, wordt aangenomen dat deze met toestemming van de Minister geldig zijn.

In de huwelijkssituatie is een soort geformaliseerd overleg vereist waarvan de uitkomst, de toestemming van de huwelijkspartner, een voorwaarde is voor het geldig aangaan van de overeenkomst. Het door de wet beschermde belang ligt hier meer in de privésfeer dan bij art. 3:43. Bij art. 1:88/89 BW staat de bescherming van de belangen van de niet-handelende echtgenoot voorop, aldus herhaaldelijk de Hoge Raad.⁷³ Stemt de partner er expliciet mee in⁷⁴ of betuigt hij door stilzitten zijn instemming, dan is de overeenkomst geldig. Dit beeld stemt mijns inziens meer overeen met de *handelingsonbekwaamheids*-situatie van bijvoorbeeld minderjarigen en curandi, waar de bescherming direct is gericht op de *handelingsonbekwame*, die tengevolge van deze status niet in staat is, enige rechtshandeling onaantastbaar te verrichten. Geeft de wettelijk vertegenwoordiger zijn toestemming, dan is de rechtshandeling onaantastbaar. In het huwelijksrecht kiest de wetgever er niet voor om alle rechtshandelingen aantastbaar te verklaren; slechts die welke directe bedreigingen inhouden van de financiële basis en de leefomgeving voor de andere echtgenoot zijn aan de toestemming onderworpen.

Deze situatie is in zoverre afwijkend van de *handelingsonbevoegdheids*gevallen van art. 3:43 dat in beginsel geldigheid van de in art. 1:88 genoemde rechtshandelingen voorop staat, zij het dat zij vernietigbaar zijn. Dit is dezelf-

72 MvA II, PG Inv. 3, 5 en 6, Boek 3, p. 1145. Mellema-Kranenburg, *Handelingsonbevoegdheid*, p. 6-7; Van Erp, WPNR 6208 (1996), over de *handelingsonbevoegdheid* van o.a. de notaris.

73 HR 19 maart 1993, NJ 1994 92 mnt. EAAL; HR 19 november 1993, NJ 1994 259 mnt. WMK.

74 Toestemming achteraf kan worden beschouwd als het doen van afstand van het recht om de overeenkomst alsnog te vernietigen op grond van art. 1:89. Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 163. Asser-De Ruiter nr. 241, ziet het als een bekrachtiging van de vernietigbare rechtshandeling.

de sanctie als bij de andere handelingsonbekwamen. Aangezien in de huwelijkssituatie bescherming van de *niet*-handelende echtgenoot moet worden bereikt, zijn slechts enkele rechtshandelingen aantastbaar. Daarin ligt de verklaring tussen de algemene handelingsonbekwaamheid van minderjarigen en curandi, en de gedeeltelijke handelingsonbekwaamheid van gehuwden. Hiermee strookt wel dat de regeling van art. 1:88 onafhankelijk werkt van het huwelijksvermogensregime tussen de echtgenoten. Er is steeds voor deze rechtshandelingen bescherming van de andere echtgenoot vereist.

Het lijkt mij noch wenselijk noch nodig, de handelingsonbekwaamheid los te zien van de vereisten van 3:84. Het gaat er in principe om dat de partner bij de vorming van de wil tot het verrichten van de 'gevaarlijke' rechtshandeling betrokken is. Gebeurt dit niet, dan is de wil van de handelende echtgenoot niet voldoende om de rechtshandeling aan te gaan en is deze dus vernietigbaar en kan vernietiging bijvoorbeeld leiden tot een titelgebrek bij een overdracht in de zin van art. 3:84. Als men nog een ander manco zou aannemen dan zou er vóór de vernietiging iets mis moeten zijn met de rechtshandeling, maar dat strookt niet met de opvatting dat vóór de vernietiging de rechtshandeling geacht wordt geldig te zijn.

De Ruiter geeft in de veertiende druk van Asser-Moltmaker-De Ruiter aan dat de in de vorige druk⁷⁵ verdedigde leer van de relatieve nietigheid eigenlijk niets bijzonders is. Het gaat er gewoon om dat voor de vernietiging de rechtshandeling geldig is, en er na vernietiging sprake is van een titelgebrek.⁷⁶ Tegen een titelgebrek is behalve art. 3:36 en 3:58 (latere convalescentie) geen enkel kruid (lees beschermingsbepaling) gewassen. Ook art. 3:88 helpt degene, B, niet, die met de onbevoegde echtgenoot, A, handelt omdat het titelgebrek niet geheeld kan worden. Art. 3:88 repareert alleen een beschikkingsbevoegdheidsgebrek. De art. 3:86 en 88 helpen derhalve pas de derde hand, C, die van B verkrijgt. Deze partij verkrijgt haar recht krachtens art. 3:86 of 3:88 van B die zelf beschikkingsonbevoegd is, mits in de relatie tussen B en C aan de vereisten van het betreffende artikel (een geldige titel en een geldige levering, goede trouw en bij art. 3:86 ook verkrijging niet om niet) is voldaan.⁷⁷ Kort samengevat heeft een dergelijk titelgebrek ongeldigheid van de beoogde overdracht tot gevolg, maar in het verdere verloop is bescherming wel mogelijk.

Vernietigt A de goederenrechtelijke overeenkomst dan is in gelijke mate bescherming mogelijk, omdat art. 3:86 niet rept over de oorspronkelijke oorzaak van de beschikkingsonbevoegdheid, en art. 3:88 zowel bij een titel- als een leveringsgebrek in een vorige schakel beschermt.

⁷⁵ Asser-De Ruiter II nr. 187.

⁷⁶ Asser-De Ruiter nr. 264.

⁷⁷ Asser-De Ruiter nr. 264. Zie ook hoofdstuk 3.

IS HET TOESTEMMINGSVEREISTE ALLEEN RELEVANT BIJ GOEDEREN DIE ONDER HET BESTUUR VAN DE HANDELENDE ECHTGENOOT STAAN?

Tot slot zij erop gewezen dat de vraag of krachtens art. 1:88 lid 1 sub a) BW toestemming is vereist, niet alleen relevant is bij goederen die onder het bestuur van de handelende echtgenoot staan. Betreft het goederen waarover de handelende echtgenoot niet eens bestuursbevoegd is, dan hebben wij te maken met een samenloop van ontbrekende goederenrechtelijke bestuursbevoegdheid en een eventueel ontbrekende toestemming van de andere echtgenoot tot het verrichten van de rechtshandeling door de handelende echtgenoot.⁷⁸

Stel dat de man bestuursbevoegd is over een ets die in de echtelijke woning aan de muur hangt. Zijn echtgenote verkoopt en levert de ets feitelijk aan een antiquair. Ex art. 1:92 lid 1 mag de antiquair aannemen dat de vrouw bestuursbevoegd is over de ets omdat zij daarover de feitelijke macht heeft. Hij is derhalve te goeder trouw in de zin van art. 3:86 j° 1:92 lid 1. Indien aan de overige vereisten van art. 3:86 is voldaan, zal de antiquair eigenaar worden van de ets. Desondanks kan de man zich op zijn vernietigingsrecht beroepen. Het feit dat de antiquair in het kader van art. 1:92 te goeder trouw is, brengt mijns inziens niet mee dat hij dat ook is voor de toepassing van art. 1:89. Daarvoor is immers de ratio geheel verschillend van die van art. 1:92, zodat ik niet inzie waarom ook daar de onderzoeksplicht van de derde ineens verlicht zou kunnen worden.

Het gevolg van deze opvatting is dat het manco in de bestuursbevoegdheid van de handelende echtgenoot wordt geheeld, maar de vernietiging van de titel nadien alsnog de verkrijging van de zaak door de derde verhindert. De relevantie van art. 1:88/89 is derhalve bij art. 1:92-zaken die onder het bestuur staan van de handelende echtgenoot niet groter dan indien de transactie een zaak uit het bestuursareaal van de andere echtgenoot betreft.

12.4 De verschillende categorieën van rechtshandelingen waarvoor toestemming is vereist

Laten wij eens de verschillende categorieën van rechtshandelingen waarvoor het toestemmingsvereiste geldt, de revue passeren.

⁷⁸ In HR 7 maart 1980, NJ 1980 395 mnt. EAAL ten aanzien van de vervreemding van een tuin, was in feitelijke instanties niet vastgesteld, wie bestuursbevoegd was ten aanzien van de tuin die de man had vervreemd. Luijten merkt in zijn annotatie terecht op, dat het feit dat de vrouw instemming had laten blijken ten aanzien van de transactie die de man was aangegaan, niet ook mocht worden opgevat als een impliciete volmacht tot medewerking aan de transactie. Deze gang van zaken is mijns inziens bijzonder opmerkelijk omdat het de vervreemding van een registergoed betrof.

12.4.1 Overeenkomsten strekkende tot vervreemding, bezwaring of ingebruikgeving en rechtshandelingen strekkende tot beëindiging van het gebruik van een door de echtgenoten tezamen of door de andere echtgenoot alleen bewoonde woning of van zaken die bij een zodanige woning of de inboedel daarvan behoren

De bedoeling van deze bepaling is de bescherming van de echtelijke woning met alles wat daarbij hoort, dus de echtelijke ‘woonomgeving’⁷⁹. Het moet daarbij gaan om een woning die door de echtgenoten tezamen, of door de niet-handelende echtgenoot bewoond wordt. Bewoning alleen door de handelende echtgenoot brengt geen toepasselijkheid van art. 1:88 mee, omdat dan de beschermingsnoodzaak niet gegeven is.⁸⁰

Uitgaand van de beschermingsratio worden de begrippen ‘woning’ en ‘zaken die bij een zodanige woning of de inboedel daarvan behoren’ niet in de letterlijke goederenrechtelijke zin opgevat.⁸¹ Er is ook eens een beroep op ontbrekende toestemmingverlening ten aanzien van een tuin voor de Hoge Raad gebracht.⁸² Het lijkt mij dat ook bij bestanddelen van de woning de bovengenoemde toets moet worden aangelegd: speelt het betreffende object een rol in de ‘echtelijke woonomgeving’. In dat geval is toestemming inderdaad vereist. Dit geldt bijvoorbeeld voor de verhuur van een enkele kamer van de echtelijke woning, waarbij de douche en keuken mogen worden gebruikt door de huurder. Dit grijpt zo diep in de huiselijke kring in dat toestemming vereist is.

Nuytinck wil een onderscheid maken tussen de verhuur van die delen van de echtelijke woning, waar de echtgenoten ook daadwerkelijk verblijven terwijl de verhuur van bijvoorbeeld de benedenetage, waarbij de echtgenoten alleen op de bovenverdieping wonen, niet onder de werking van art. 1:88 zou vallen.⁸³ Dit lijkt mij niet erg praktisch omdat een derde maar moeilijk kan inschatten, in hoeverre zijn komst als huurder de woonomgeving van een gezin zal beïnvloeden. Zou bijvoorbeeld de verhuur van de bovenetage, waar de echtgenoten direct onder wonen, wel aan toestemming gebonden zijn omdat de echtgenoten geluidsoverlast zullen hebben? Of moet dit afhangen van de geluidsisolatie van het bewuste huis? Het is duidelijk: dit lijkt mij een te vaag criterium. In ieder geval is duidelijk dat voor een effectieve bescherming het begrip ‘echtelijke woning’ niet al te beperkt mag worden uitgelegd. Zodra de mogelijkheid bestaat dat de woonsfeer van de echtgenoten wordt

79 Voor de werkingsomvang van deze bepaling zie Nuytinck, diss., p. 133-140, 150-158; Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 153 e.v.; Luijten, Personen- en familierecht II, p. 32; PG Aanpassing BW, p. 27.

80 Luijten, Personen- en familierecht II, p. 32; Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 152. Pres. Rb. Breda 11 oktober 1957, NJ 1957 666.

81 Nuytinck, diss., p. 135; PG Invoeringswet 1969 Boek I, p. 1170.

82 HR 7 maart 1980, NJ 1980 395 mnt. EAAL.

83 Nuytinck, diss., p. 135.

geraakt, moet de toestemmingseis gaan gelden.⁸⁴ Ook toekomstige woningen waar men binnenkort in wil gaan wonen⁸⁵ vallen er onder, alsmede de daarbij behorende inboedel.⁸⁶

Een wettelijke uitzondering op de noodzaak van de bescherming van de woonomgeving vormt art. 7A:1623g BW: als de ene echtgenoot-huurder de huurovereenkomst opzegt, wordt de andere echtgenoot, die medehuurder was, van rechtswege huurder van de woning.

De bescherming van art. 1:88 houdt op bij executie door de faillissementscurator of een schuldeiser die het recht van parate executie heeft. Deze kunnen zonder toestemming de voorgenomen executie plaats laten vinden omdat zij executeren krachtens een eigen recht dat niet is afgeleid van dat van een van de echtgenoten.⁸⁷ Doet daarentegen de echtgenoot-schuldenaar in het kader van een dreigend faillissement zelf het huis van de hand, dan is de toestemming van zijn huwelijkspartner wel vereist.

12.4.2 Giften, met uitzondering van de gebruikelijke, van de niet bovenmatige en van die waarvoor tijdens zijn leven niets aan zijn vermogen wordt onttrokken

Deze categorie rechtshandelingen omvat alle giften, ook die in materiële zin⁸⁸ tenzij zij tijdens het leven niets aan het vermogen van de schenker onttrekken. In dat geval is geen sprake van benadeling van de andere echtgenoot en hoeft hiervoor ook geen toestemming te worden gegeven.⁸⁹

Dit artikel brengt op meerdere fronten grote onzekerheden voor een derde met zich mee. Het eerste probleem is dat niet altijd tijdens het leven van de schenker eenduidig kan worden vastgesteld, of een gift onder de omschrijving van dit artikel valt.⁹⁰ Dit betekent dat eigenlijk pas bij het overlijden van de schenker kan worden bepaald of toestemming voor de schenking vereist was, een voor derden (en voor een overblijvende echtgenoot) hoogst onwenselijke

84 Zie voor verschillende opvattingen ook Lubbers/Hidma aant. 2 bij art. 1:88.

85 HR 25 februari 1983, NJ 1983 696 mnt. EAAL. Zie Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 152 voor verdere verwijzingen.

86 Voor een nadere bepaling van het bedrip woning, dat overeenstemt met het begrip in de vorige versie van Boek I BW, zie Asser-De Ruiter nr. 242-243; Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 154; De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 54-56; Nuytinck diss., p. 133-140, 151-158. Het begrip 'inboedel' is thans omschreven in art. 3:5 BW.

87 Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 155, noemt alleen het recht van parate executie door de hypotheekhouder van art. 3:268, maar de pandhouder heeft dit recht ook, zie art. 3:248, waardoor hij m.i. ook inboedelgoederen van de echtelijke woning binnen de wettelijke grenzen zonder toestemming van de echtgenoten kan executeren.

88 Zie Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 155-156; Asser-De Ruiter nr. 245; Klaassen-Eggens-Luijten, p. 41 omtrent dit begrip.

89 MvT II, PG Aanpassing BW, p. 18-19.

90 Van Mourik, WPNR 5640 (1983), p. 103 geeft hier diverse voorbeelden voor. In gelijke zin Nuytinck diss., p. 168. Eveneens kritisch Van der Burght, WPNR 5655 (1983), p. 365-367.

toestand.⁹¹

Het tweede probleem betreft de niet al te duidelijke omschrijving van de giften. Dit vindt deels zijn oorzaak in de verschillende data van invoering van titel 7.3 en de wijzigingen van Boek 1 NBW, veroorzaakt door de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 NBW. Door de discrepanties tussen de oude schenkingsbepalingen en de nieuwe huwelijksvermogensrecht-bepalingen zou volgens de Minister⁹² de onzekerheid die daarover vóór de invoering bestond,⁹³ gelijk blijven, een schamele troost voor een derde die lang in onzekerheid moet verkeren.⁹⁴ Het artikel bedoelt te bereiken dat de andere echtgenoot zich moet kunnen verzetten tegen uitholling van het vermogen van de handelende partner of het gemeenschappelijk vermogen door uitzonderlijke giften aan derden.⁹⁵ De Ruiter⁹⁶ is mijns inziens terecht niet onder de indruk van deze redenering. Ook bij levensverzekeringen of andere constructies waarbij eerder al gelden aan het vermogen zijn onttrokken, moet de andere echtgenoot de mogelijkheid van vernietiging hebben als hij niet heeft toegestemd. De verdere uitwerking van dit probleem voert in dit kader te ver.⁹⁷

Ook Luijten⁹⁸ is niet blij met de nieuwe tekst, omdat de omschrijvingen uit het fiscale recht niet zondermeer met succes in het civiele recht kunnen worden overgenomen. Bij toepassing van de Successiewet is het geen probleem dat bij het overlijden van de schenker kan worden vastgesteld of er onttrekking aan het vermogen heeft plaatsgevonden, maar dit is anders bij de toepassing van art. 1:88.

Een ander probleem zijn rechtshandelingen die worden verricht uit fiscale motieven waarbij het formele en het materiële karakter verschillen. Luijten⁹⁹ noemt als voorbeeld de schuldigerkenning uit vrijgevigheid jegens een kind. Hij kiest ervoor dat deze vanwege het onherroepelijke karakter die leidt tot een vordering op deze echtgenoot, in wezen onttrekking van het bedrag aan het vermogen van de echtgenoot tot gevolg heeft. Maar het formele karakter wijkt hier af van de materiële werkelijkheid: degene die zich ten bate van zijn kind schuldig verklaart, geeft op dat moment geen geld aan het kind. Desondanks ben ik het eens met Luijten dat hiervoor toestemming van de andere echtgenoot noodzakelijk is.

91 Zie Luijten, De invoering van de boeken 3, 5 en 6 NBW en het huwelijksvermogensrecht, p. 217.

92 PG Aanpassing BW, p. 23-24.

93 De Minister noemt bijvoorbeeld de onzekere status van de aanwijzing als begunstigde bij een levensverzekering als eeuwig twistpunt in de literatuur: is dat nu een schenking of niet? Voor een discussie tijdens de wetgevingsprocedure zie PG Aanpassing BW, p. 28 e.v. Een nadere uitwerking van dit probleem gaat de omvang van dit onderzoek te buiten.

94 Daarover hebben zich enkele leden van de Tweede Kamer kritisch uitgesproken, maar de Minister zag daarin geen reden om van de voorgestelde tekst af te wijken. PG Aanpassing BW, p. 27.

95 PG Aanpassing BW, p. 27.

96 Asser-De Ruiter nr. 246.

97 Zie hierover verder de zojuist genoemde auteurs.

98 Luijten, Personen- en familierecht II, p. 33.

99 Klaassen-Eggens-Luijten, p. 43, in afwijking van de parlementaire geschiedenis.

Indien de andere echtgenoot gebruik maakt van zijn vernietigingsrecht dan kan de begiftigde van een art. 3:86-goed daar weinig tegenin brengen. Dit artikel stelt immers de voorwaarde, dat om baat moet zijn verkregen. Ik denk dat gezien de ratio - bescherming van de echtgenoot tegen aantasting van zijn materiële basis - de obligatoire overeenkomst tot schenking aangetast wordt, en niet slechts de levering die daar het gevolg van is. Dat betekent dat zowel 3:86 als ook 3:88 stranden op een titelgebrek, net als bij de rechtshandelingen sub a). Bovendien zou anders bij niet-nakoming van de verplichting tot schenking van een gemeenschapsgoed een wanprestatievordering hun gemeenschappelijk vermogen even ernstig aantasten als wanneer de schenking haar beslag had gekregen door uitvoering van de overeenkomst. Om die reden heeft de wetgever gemeend, de schenking van privégoederen van de schenker aan toestemming te moeten binden.

Voor derden is deze bepaling niet erg helder. Hoe moet een derde weten of een bepaalde schenking onder de toestemmingseis valt of niet? In het algemeen zal deze categorie schenkingen niet beperkt zijn tot, zoals Verstappen¹⁰⁰ het noemt

“de kleine giften in de collectebussen van het Leger des Heils, de Zonnebloem of Jantje Beton.”

Wat in een bepaald gezin een bovenmatige of niet gebruikelijke gift is, hangt af van het normale uitgaven- en schenkingspatroon. Ik zou ervoor willen pleiten om een enigszins geobjectiveerd begrip ‘niet bovenmatig’ aan te houden, derhalve na te gaan wat de begiftigde kon en mocht menen in een bepaald geval. Indien een gezin een categorisch verkeerde indruk geeft omtrent de financiële mogelijkheden, dan komt dat voor zijn rekening. Anderzijds kan men ook verdedigen, dat bij giften de belangen van de begiftigde moeten wijken voor die van de echtgenoot van de schenker, omdat de begiftigde bij vernietiging van de schenking een voordeeltje misloopt. Net als in andere gevallen van bescherming van derden die niet om baat verkrijgen zou ik hier een verscherpte onderzoeksplicht bij de derde willen aannemen en niet werken met een puur subjectief begrip.

Met de nieuwe tekst van dit artikel is een ander probleem ontstaan. Vroeger ging het om *gebruikelijke en niet-bovenmatige giften*, maar deze koppeling is in de nieuwe tekst losgelaten. Daarom is het nu mogelijk dat een regelmatig terugkerende gift gebruikelijk is, omdat bijvoorbeeld al sinds jaren een bepaald bedrag aan een kleinkind wordt overgemaakt, kan worden gecontinueerd, ook al is inmiddels door verslechterde economische omstandigheden van de schenker en diens echtgenoot de gift bovenmatig geworden. Anders dan onder het oude recht kan de echtgenoot van de schenker daar niets tegen ondernemen in het kader van art. 1:88. Het kleinkind hoeft zich daarom dus rechtens geen zorgen te maken. Ook heel dure kerstcadeaus (al was het voor

de maîtresse van de man, zoals Van der Burght opmerkt) vallen er niet onder omdat het gebruikelijk is om kerstcadeaus te geven.¹⁰¹

12.4.3 Overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zich als borg of hoofdelijke medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt, of zich tot zekerheidstelling voor de schuld van de derde verbindt

Deze bepaling onderwerpt allerlei rechtshandelingen aan de toestemming van de andere echtgenoot waardoor een zekerheidstelling ten bate van een derde kan worden aangetast, als de belangen van het gezin mogelijk gevaar lopen. Het zich verbinden als medeschuldenaar valt alleen onder art. 1:88 als het oorspronkelijk gaat om een schuld van de *derde* waarvoor zich de echtgenoot dan als medeschuldenaar verbindt.¹⁰² Ook garantiebedingen en derdenhypotheek en -pand vallen onder de toestemmingseis. Een nogal vergaande beschermingsregeling, zo lijkt het op het eerste gezicht. Lid 4 modificeert deze strenge regel:

“Toestemming voor een rechtshandeling als bedoeld in lid 1 onder c, is niet vereist, indien zij wordt verricht door een bestuurder van een naamloze vennootschap of van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen houdt en mits zij geschiedt ten behoeven van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap.”

Deze laatste beperking van het toestemmingsvereiste is aan het artikel toegevoegd bij de invoering van de boeken 3, 5 en 6 NBW. Daarover is een uitgebreide discussie gevoerd. Ik verwijs voor de exacte posities van de schrijvers naar de literatuur.¹⁰³ De precieze werkingsomvang van het artikel in zijn nieuwe vorm staat ook nog niet definitief vast.¹⁰⁴ Een bezwaar van Van Mourik tegen de eenvoudige beïnvloeding van dit criterium, “Geef de bestuurder gewoon een aandeel, dan behoeft hij geen toestemming te vragen aan zijn echtgenote”,¹⁰⁵ doet mij twijfelen aan de effectiviteit van de regeling in de

101 Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 156; Lijten, Personen- en familierecht II, p. 33.

102 Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 159-160 met vele voorbeelden.

103 Nuytinck, diss., p. 142-148; HR 31 mei 1991, NJ 1991 777 mnt. EAAL (Fiets-O-Fit/Knook qq.), zie Vranken, WPNR 6011 (1991), p. 451; Van Mourik, Verschaffing van zekerheden door een bestuurder-aandeelhouder (art. 1:88 lid 4 BW); Honée, Het toestemmingsvereiste en de echtgenoot-groootaandeelhouder; Asser-De Ruiter nr. 249 e.v. en anderen genoemd bij het rechtspraakoverzicht van Lijten, WPNR 6184 (1995), p. 379, waar hij zijn commentaar op de nieuwe versie van de bepaling geeft.

104 Zie voor een aantal voorbeelden Verstappen, FJR 1991, p. 267. Honée, Het toestemmingsvereiste en de echtgenoot-groootaandeelhouder, p. 96-97, wijst erop dat de bepaling ook niet strookt met vennootschapsrechtelijke bepalingen. Dit aspect valt verder buiten het bereik van mijn onderzoek, maar mag in de vennootschapsrechtelijke praktijk natuurlijk niet worden vergeten. Zie hierover ook Kleijn, JBN januari 1993, nr. 3 en JBN mei 1993, nr. 53.

105 Honée, Het toestemmingsvereiste en de echtgenoot-groootaandeelhouder, p. 93 e.v. Lijten, Personen- en familierecht II, p. 34, en Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 161, zijn daar ook niet erg blij mee. Zie Rb. Utrecht, 18 september 1996, NJ Kort 1996 70, waarbij werd bepaald dat een bestuurder die via een holding de aandelen ‘houdt’ wel toestemming van zijn

nieuwe versie. De derde te goeder trouw mag overigens bij de beoordeling of toestemming moest worden gegeven, afgaan op de uiterlijke schijn en het handelsregister, aldus Rb. Breda.¹⁰⁶ Is de bescherming van de bedrijfsvoering van de handelende echtgenoot hier wellicht te ver op de voorgrond komen te staan? De Minister¹⁰⁷ rechtvaardigt deze gang van zaken met het argument dat de gevolgen voor de andere echtgenoot niet afwijken van het geval dat de handelende echtgenoot het bedrijf rechtstreeks, dus niet in de vorm van een besloten of naamloze vennootschap zou uitoefenen, bijvoorbeeld in een vennootschap onder firma. Ten tweede is hij van mening dat de broodwinning van een gezin in dat geval indirect in gevaar zou kunnen komen doordat de toestemming uitblijft. Voor kleine vennootschappen zal een krediet vaak alleen worden gegeven mits daar een persoonlijke borgtocht extra zekerheid voor de terugbetaling geeft. Zonder kredieten is overleving van dit soort bedrijven vaak niet mogelijk. Ergo moet het voortbestaan van het bedrijf worden verzekerd, waardoor indirect ook de belangen van het gezin het beste worden gediend.¹⁰⁸ De mogelijkheid van vervangende toestemming door de kantonrechter bij weigering van de andere echtgenoot om de toestemming te verlenen, lijkt hem geen goed alternatief, gezien de extra spanningen die zoiets binnen het gezin oproept.¹⁰⁹ Tot slot zij vermeld, dat de Minister van mening is dat dit geval van toestemmingverlening zich maar zelden zal voordoen. Het zou niet erg vaak voorkomen dat het zowel om een rechtshandeling van het bedrijf gaat in combinatie met een persoonlijke aansprakelijkstelling van de bestuurder ervan.¹¹⁰ Dit laatste lijkt mij niet sporen met de hiervoor genoemde uitspraak van de Minister. Het lijkt mij juist dat voor grotere kredieten aan kleine B.V.'s de bank alleen akkoord gaat indien de bestuurders zich persoonlijk borg stellen. De frequentie lijkt mij dan ook eerder bepaald door de vraag, hoeveel van de kleine bedrijven in een B.V. worden ondergebracht in verhouding tot degenen die hun bedrijf voor eigen risico voeren en de economische situatie van deze kleine bedrijven in het algemeen.

Het lijkt mij daarbij belangrijk dat wij daarbij niet het psychologische aspect vergeten, waar Luijten¹¹¹ en Honée¹¹² op wijzen: de nieuwe versie van het artikel creëert een schijnzekerheid voor de andere echtgenoot, doordat de indruk wordt gewekt dat door onderbrenging van een zaak in een vennootschap het persoonlijk risico voor financiële problemen van de zaak beperkt

echtgenoot voor een borgstelling nodig heeft.

106 11 september 1984, NJ 1987 90.

107 PG Aanpassing BW, p. 20.

108 Dit argument vindt men ook in PG Aanpassing BW op p. 36.

109 PG Aanpassing BW, p. 35.

110 PG Aanpassing BW, p. 25. De Ruiter, Asser-De Ruiter nr. 250 slot, is hierdoor net zo min gerust gesteld als ik.

111 De invoering van de boeken 3, 5 en 6 NBW en het huwelijksvermogensrecht, p. 218.

112 Het toestemmingsvereiste en de echtgenoot-grotoaandeelhouder, p. 92.

wordt. De Minister¹¹³ is van oordeel dat door de wettelijke regeling deze zekerheid juist niet gegeven is, maar ik denk dat hij hierbij vergeet welke indruk bij veel mensen leeft. Men denkt dat het gezin niets meer kan gebeuren, zodra de zaak van de echtgenoot in een B.V. is ondergebracht. Deze indruk zal vooral bij de andere echtgenoot, die weinig kennis heeft van de finesses van het recht, een hardnekkig bestaan blijven leiden. In werkelijkheid kan de bedrijfsvoerende echtgenoot nu persoonlijk borg gaan staan voor de vennootschap zonder dat de andere echtgenoot daarvan weet of enige inspraak heeft. De risico's voor het gezin, indien de borg daadwerkelijk tot betaling wordt aangesproken, mogen duidelijk zijn.

Daarnaast wijst Luijten ook nog op een opmerkelijke afwijking van de trend in de jurisprudentie op dit terrein, waar de echtgenoten- en gezinsbescherming juist steeds zwaarder begon ten wege ten opzichte van het bedrijfsbelang.¹¹⁴ Hij schrijft nogal bewogen:¹¹⁵

“Betweterij heeft het hier helaas gewonnen van een uiterst redelijke met wijsheid gegeven interpretatie in bovengenoemde jurisprudentie.”

Mocht er geen toestemming zijn gegeven hoewel deze wel vereist was, kan de andere echtgenoot de borgstelling of garantstelling aantasten.¹¹⁶ De andere echtgenoot is dan niet tot betaling verplicht. Is er al uitbetaald, dan kan het reeds betaalde als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd door de echtgenoot die de betaling heeft verricht.¹¹⁷

MINDER ZWARE GOEDE TROUW-EISEN VOOR DERDEN BIJ DEZE CATEGORIE?

Van Mourik¹¹⁸ bepleit dat, gezien de moeilijke bewijspositie van de derde bij de rechtshandelingen onder art. 1:88 lid 1 c), de eisen voor de goede trouw bij deze categorie rechtshandelingen verlicht moeten worden.¹¹⁹ Ik kan mij voorstellen dat de rechter dat in bepaalde gevallen wel zal doen, bijvoorbeeld als er een vermoeden is van samenspanning van de echtgenoten, maar het is

113 PG Aanpassing BW, p. 36.

114 HR 22 juni 1962, NJ 1963 53 mnt. JHB (Bokking/Speelman); HR 29 maart 1963, NJ 1963 331 mnt. JHB (Bijsterbosch); HR 2 juni 1978, NJ 1979 126 mnt. EAAL (Roselaar/Buisman). Deze arresten bespreekt Nuytink in zijn proefschrift, p. 157-166, waarbij hij tot dezelfde conclusie komt. Van Mourik was niet zo gelukkig met het arrest Roselaar-Buisman, WPNR 5640 (1983) en WPNR 5896 (1988), waar hij zich uitspreekt tegen de enge leer die voor het oude recht uit de jurisprudentie werd afgeleid. Hij ziet meer in de nieuwe regeling. Zie ook Verstappen, FJR 1991, p. 268-269 met uitwerking naar een aantal specifieke voorbeelden uit de handelsrechtelijke praktijk. Een onderzoek naar al deze mogelijkheden valt buiten van mijn onderzoek. Zie ook HR 31 mei 1991, NJ 1991 777 mnt. EAAL (Fiets-o-Fit/Knook), waarover Reinhartz, TPR 1992, p. 416-417.

115 Luijten, De invoering van de boeken 3, 5 en 6 NBW en het huwelijksvermogensrecht, p. 218.

116 Dit is logischerwijze de aantasting van een obligatoire overeenkomst.

117 PG Invoeringswet 1969 Boek 1, p. 1194.

118 WPNR 5449 (1978).

119 Als de echtgenote al te kennen heeft gegeven, geen toestemming te zullen verlenen, dan kan de wederpartij er geen beroep op doen dat zij dacht dat toestemming wel verleend zou zijn, als deze niet blijkt uit een handtekening, zie Hof Amsterdam, 15 juni 1989, NJ 1990 371 waar het ging om de opdracht tot een bankgarantie die onder grote tijdsdruk tot stand moest komen.

geen vaste lijn, zoals de onfortuinlijke gang van zaken bij de zaak Fiets-O-Fit/Knook laat zien.¹²⁰ De feiten waren in het kort als volgt. Een jonge advocaat, mr. Knook, is bewindvoerder in de surseance van betaling van een vennootschap onder firma. Aan de crediteuren van die v.o.f. stuurt Knook een brief waarin de afspraak staat dat de crediteuren, waaronder Fiets-O-Fit, de goederenvoorraden van de v.o.f. zullen aanvullen, waarbij Knook zal instaan voor afrekening tegen factuurwaarde. Een deel van de goederen is later verdwenen, onafgerekend. Na de daaropvolgende faillietverklaring van de v.o.f. spreekt Fiets-O-Fit Knook aan tot afrekening tegen factuurwaarde van de nog niet afgerekende, maar wel geleverde goederen. Knook stelt zich op het standpunt dat hij zich als bewindvoerder garant heeft gesteld, maar Fiets-O-Fit vat het als een persoonlijke garantie op, welk oordeel wordt gedeeld door de rechters in feitelijke instantie en de Hoge Raad. Dan rijst de vraag naar de ontbrekende toestemming van mevrouw Knook, omdat dit geen garanties zijn die normaliter door een advocaat, ook in de rol van bewindvoerder, worden afgegeven. Een beroep op art. 89 wordt niet geblokkeerd door de goede trouw van Fiets-O-Fit, omdat deze niet eenduidig kan worden vastgesteld. De v.o.f. had een beroep gedaan op het feit dat zij niet wisten dat Knook gehuwd was, dan wel dat zij hadden gedacht dat toestemming van een eventuele mevrouw Knook niet nodig zou zijn. Maar dit baatte allemaal niet omdat rechtsdwaling in deze context niet wordt erkend, omdat onbekendheid met de burgerlijke staat niet voldoende is om goede trouw in de zin van art. 1:89 aan te nemen. Onduidelijk blijft of wellicht een beroep op het feit dat familie Knook zich op grond van (in NBW-termen) redelijkheid en billijkheid niet op art. 89 had mogen beroepen zoals Luijten in zijn noot onder het arrest suggereert, omdat duidelijk had moeten zijn dat Fiets-O-Fit nooit had geleverd als zij van de mogelijke vernietiging van de garantie op de hoogte waren geweest, en omdat het beroep op art. 1:89 vrij laat aan Fiets-O-Fit was doorgegeven.¹²¹ Deze grieven zijn niet op het juiste moment in de procedure naar voren gekomen, zodat de Hoge Raad hen niet mee heeft laten wegen in zijn beslissing.¹²²

12.4.4 Overeenkomsten van koop op afbetaling, behalve van zaken welke kennelijk uitsluitend of hoofdzakelijk ten behoeve van de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf strekken

Deze overeenkomsten waren in de oude versie van het BW in art. 1:87 ondergebracht, waardoor zij, anders dan de andere rechtshandelingen van

120 HR 31 mei 1991, NJ 1991 777 mnt. EAAL. Zie mijn bespreking in TPR 1992, p. 416-417.

121 De brief van de echtgenoten Knook is pas in 1985, op aanraden van een confrère van Knook, aan Fiets-O-Fit gestuurd, terwijl de faillietverklaring al in 1981 had plaatsgevonden.

122 Zie het slot van onderdeel 12.2 over de vraag of een beroep van de andere echtgenoot op art. 1:89 BW in strijd kan zijn met de redelijkheid en billijkheid.

art. 1:88, alleen met *medewerking* van de andere echtgenoot geldig waren. Omdat er geen goede reden is waarom in deze gevallen medewerking moet worden gevraagd, waarbij het duidelijkste verschil in rechtsgevolgen is, dat de andere echtgenoot medepartij en daarmee ook medeschuldenaar is voor de koopsom (hetgeen een extra voordeel voor de verkoper biedt maar juist niet echtgenoten-beschermend werkt), is dit onderscheid vervallen en is de materie bij art. 88 ondergebracht.¹²³ Bloembergen¹²⁴ had al bij de vorige verandering van het huwelijksvermogensrecht erop gewezen dat het bestaan van de verschillende artikelen

“niet onvaardig (is) omdat men aan de hand daarvan het dogmatisch belangwekkende onderscheid tussen medewerking en toestemming kan uiteenzetten. Maar de wetgever heeft met deze overwegingen van didactiek weinig te maken; hij moet er onder meer naar streven een regeling te maken, die zo eenvoudig is als in de gegeven omstandigheden mogelijk is. De bestaande en in het nieuwe wetboek gecontinueerde regeling, waarbij in sterk verwante situaties in het ene geval medewerking en in het andere geval toestemming van de andere echtgenoot nodig is, voldoet niet aan dit vereiste. Veel eenvoudiger is het om beide regelingen ineen te laten vloeien.”

Bij de behandeling van de wijziging van Boek 1 in het kader van de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 NBW wees de Vaste Commissie in het Voorlopig Verslag¹²⁵ er op dat er nog meer nadelen kleven aan het stellen van de medewerkingseis.¹²⁶ Indien de medewerking niet werd gegeven dan was de koop nietig (en dus niet vernietigbaar door de gepasseerde echtgenoot, zoals in de nieuwe regeling) waardoor ook de wederpartij een beroep op de nietigheid kon doen. Het mag duidelijk zijn dan dit nooit de bedoeling van deze bescherming kan zijn.

Ook is door de nieuwe versie van art. 1:88 de beschermingsomvang uitgebreid ten aanzien van het oude art. 87, doordat niet alleen koop van goederen die kennelijk ten behoeve van de huishouding strekken, onder deze bepaling is gebracht, maar de restrictie negatief is geformuleerd: alle koopovereenkomsten op afbetaling die kennelijk uitsluitend of hoofdzakelijk ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening strekken, zijn van de werking uitgesloten. De definitie van koop op afbetaling is dezelfde als in art. 7A:1576 lid 1 en 2 BW, waardoor niet alleen de roerende zaken-niet registergoederen, die door de BW-regeling worden bestreken, maar ook de onroerende zaken en registerschepen onder art. 1:88 vallen.¹²⁷ Van der Burght noemt op de aangegeven plaats ten onrechte nog de definitie uit de Wet op het afbetalingsstelsel 1961, maar deze is sinds 1 januari 1992 vervangen door de Wet op het Consumenten-

123 PG Aanpassing BW, p. 18-19.

124 WPNR 4903 (1966).

125 PG Aanpassing BW, p. 22.

126 Zie Otterspoor-Kousemaker, Enige opmerkingen met betrekking tot de gezinsbeschermende artikelen in het huwelijksgoederenrecht, p. 99-100, met betrekking tot gevolgen bij faillissement van de niet-handelende echtgenoot.

127 Compendium personen-en familierecht, nr. 54; Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer, p. 161; PG Aanpassing BW, p. 24.

tenkrediet, zie art. 74 van die wet. Deze wet betreft alleen roerende zaken, art. 1 sub 2. Afbetalingstransacties betreffende onroerende zaken zullen niet al te vaak voorkomen. De potentieel interessante vorm, huurkoop, is voor de praktijk uitermate oninteressant gemaakt door de TWHOZ.¹²⁸

Of deze regeling voor derden zoveel duidelijker is, valt te betwijfelen. Voor hen vervalt het probleem hoe er op een nette wijze achter te komen of echtgenoten een gemeenschappelijke huishouding hebben (ook een vereiste van het oude art. 87), maar de moeilijkheid doet zich nu voor hoe een derde er met zekerheid achter kan komen met welke gebruiksintentie een goed wordt aangeschaft. Bij de meeste transacties zal dat geen probleem zijn omdat de meeste echtgenoten geen eigen bedrijf uitoefenen, maar bij degenen die dat wel doen, kan het nieuwe criterium tot lastige problemen aanleiding geven: hoe weet ik of een loodgieter een auto voor privédoeleinden of voor de zaak koopt? Zoals al eerder in de inleiding tot dit hoofdstuk is gesteld, moet de derde daar maar een onderzoek naar instellen als er reden is tot twijfel.¹²⁹ Toch zijn er in de praktijk waarschijnlijk wel een paar aanknopingspunten te vinden: als iemand een BTW-bon wil hebben dan zal dit wijzen op een bedrijfsmatige intentie bij de koop. Ook indien bij de koop gebruik wordt gemaakt van een afleveradres dat niet het huisadres is of als de naam van het eenmansbedrijf wordt gebruikt, dan is weinig twijfel mogelijk.¹³⁰ Moeilijker is het als later de intentie wordt gewijzigd. In dat geval sluit ik mij aan bij Hijma¹³¹ die de nadruk legt op objectief vaststelbare gegevens en minder let op de onuitgesproken bedoelingen die de koper verder bij de koop gehad mocht hebben. Deze kwestie is relevant in het kader van de goede trouw-eis van art. 89, dat derden te goeder trouw beschermt tegen de vernietiging van de rechtshandeling.

DE KOOP OP AFBETALING VIA CREDIT-CARD EN WINKELPASSEN E.D.

De koop op afbetaling van art. 1:88 omvat ook aankopen door middel van een creditcard en andere kaarten waaraan kredietfaciliteiten zijn verbonden, bijvoorbeeld winkelpassen.¹³² Bij aankopen via kredietfaciliteiten die aan kaarten zijn verbonden, lijkt mij de intentie van de koper niet het grootste obstakel voor de derde. Ik heb de indruk uit de praktijk, dat bij niet al te grote bedragen niet de toestemming van de andere echtgenoot wordt verkregen. Dit geldt in gelijke mate voor aanschaf op krediet bij een postorderbedrijf. Bijvoorbeeld is op het bestelformulier van Wehkamp geen plaatsje ingeruimd voor de handtekening van de andere echtgenoot. Ook bij de aankoop waarbij

128 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 976.

129 Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 162.

130 Voor complicaties bij transacties met een (eenmans-)B.V. zie PG Aanpassing BW, p. 25.

131 WPNR 6051 (1992). Dit artikel gaat over de vraag of er sprake is van consumentenkoop of niet, maar daar speelt in wezen dezelfde problematiek en zijn de betrokken belangen vergelijkbaar.

132 Huls, p. 155 e.v.

met een winkelpas wordt betaald, vindt geen navraag bij de andere echtgenoot plaats. Ten opzichte van de oude regeling heeft de huidige het voordeel dat in de regel dit soort transacties geldig is. Zolang immers geen gebruik wordt gemaakt van het vernietigingsrecht is de transactie geldig. Naar oud recht was immers medewerking van de andere echtgenoot hiervoor vereist.

Waarschijnlijk zal, zodra de andere echtgenoot eens gebruik heeft gemaakt van het vernietigingsrecht, het gebruik van een dergelijke pas of kaart door deze persoon niet meer worden toegestaan.

Is de aankoop verricht met een partner-creditcard, dan vraag ik mij af of de toestemming die de kaarthouder heeft gegeven aan zijn partner tot het gebruik van de card, een beroep op het vernietigingsrecht uitsluit. Wellicht kan in de ter beschikkingstelling ook een impliciete toestemming worden gelezen voor de aankopen die met de card worden verricht. Het ligt immers in de macht van de card-houder om de verrichte transacties direct te betalen aan de creditcard-maatschappij of deze gespreid te voldoen. Zou men onder deze omstandigheden een beroep op de vernietigingsgrond toestaan, dan zou de kaarthouder het zelf in de hand hebben of er sprake is van een koop op afbetaling, en daarmee ineens de transactie aan toestemming te onderwerpen. Dat kan niet de bedoeling zijn.

Daarnaast speelt bij krediet-kaarten in ruime zin het beschermingsaspect slechts in beperkte mate, voorzover deze kaarten aan een bestedingslimiet zijn gebonden. Deze is in de regel marginaal gerelateerd aan de financiële positie van het gezin bij de uitgifte van de kaart. Het risico dat de andere echtgenoot loopt door afbetalingstransacties ten laste van deze kaart is daarmee beperkt.

HET AANGAAN VAN EEN LENING VALT NIET ONDER DE TOESTEMMINGSEIS

Bij de lijst van rechtshandelingen, die in art. 1:88 worden genoemd, valt op dat het aangaan van leningen niet ook onder het toestemmingsvereiste is gebracht.¹³³ Immers kan het aangaan van een kredietovereenkomst net zo ernstige gevolgen hebben voor de financiële situatie van een gezin als een borgtocht. Daartegen kan men inbrengen dat borgtochten gevaarlijker zouden zijn omdat daarbij de mogelijkheid bestaat dat de borg de kansen om daadwerkelijk tot betaling te worden aangesproken, onrealistisch klein inschat, waardoor hij de ernst van de rechtshandeling niet goed beseft. Anderzijds blijkt dat leningen die tot relatief grote bedragen gewoon telefonisch kunnen worden afgesloten, zoals in diverse bladen wordt geadverteerd, voor gezinnen met lage inkomsten ook funest kunnen zijn, als met het geleende geld een aanschaf wordt gepleegd, die niet met het inkomsten- en uitgavenpatroon van het desbetreffende gezin is te verenigen. Deze belangrijke ingreep in het bestaan-

133 Bij vergelijkbare rijtjes van toestemmingsvereisten bij voogdij, curatele en meerderjarigenbewind staat de geldlening wel genoemd, zie art. 1:345 voor voogdij, waarnaar art. 385 voor curatele verwijst, en art. 1:441 voor meerderjarigenbewind.

de systeem door de Minister kort afgewezen met een beroep op de beperkte aard van de aanpassing aan het NBW en de voortgeschreden fase van het debat waarin men zich op dat moment bevond, toen dit punt door de Commissie naar voren werd gebracht.¹³⁴ Helaas heeft zich de Hoge Raad achter deze passage uit de parlementaire geschiedenis verscholen toen hij moest oordelen of in een bijzonder geval een lening niet wellicht toch aan toestemming was onderworpen.¹³⁵ Men vond dat gezien het feit dat bij de laatste wijziging van Boek 1 BW deze regeling niet was uitgebreid, de rechtszekerheid niet zou worden gediend, om toch leningen onder de toestemmingseisen van art. 88 te brengen.

Ik vraag mij af of het juist is dat zulk een belangrijk onderwerp met zo'n argument kan worden beslist. Men zou menen dat de bescherming van de andere echtgenoot, die anders zo belangrijk wordt gevonden, ook op dit punt een zorgvuldiger behandeling verdient. Hiervoor vormt mijns inziens de casus die heeft geleid tot een arrest van de Hoge Raad in 1993¹³⁶ een goede illustratie. Men leent geld om aan de verplichtingen uit de borgtocht ten bate van het bedrijf te voldoen. Volgens de Hoge Raad was i.c. geen toestemming van de echtgenote vereist. Kleijn noemt in zijn noot onder het arrest verschillende varianten waarin de man aan het gestelde doel (verlossing van de vennootschap van omvangrijke verplichtingen jegens de bank) kon voldoen. In de meerderheid van de gevallen had hij dit kunnen realiseren zonder de toestemming te verkrijgen. Kleijn legt de grens hiervoor bij misbruik van een bepaalde route om de toestemmingseisen te omzeilen. Dit lijkt mij op zich juist, maar lijkt mij niet erg geruststellend voor de niet-handelende echtgenoot die het betreft.

De Hoge Raad is categorisch in zijn afwijzing van analoge toepassing van toestemmingseisen in gevallen die niet in de wet worden genoemd. Dit wordt gebaseerd met een beroep op de noodzakelijke zekerheid van het rechtsverkeer die bij een andere opstelling in gevaar zou komen.

Verstappen¹³⁷ vindt dat dit allemaal niet zo erg is omdat er in de praktijk enige controle op het aangaan van leningen plaatsvindt doordat er altijd vóór het verstrekken van een lening controle via het Bureau Krediet Registratie moet plaatsvinden. Dit is niet juist. Studieleningen in het kader van de wettelijke studiefinanciering worden daar niet geregistreerd. Ik vraag mij af of de registratie van de overige leningen¹³⁸ zoveel effect heeft dat daarom de andere echtgenoot niet in het voornemen om een lening aan te gaan, hoeft te worden gekend. Het zou mijn voorkeur hebben verdiend als ook voor het aangaan

134 PG Aanpassing BW, p. 27-28 en 30 e.v. voor de discussie omtrent dit probleem.

135 HR 19 november 1993, NJ 1994 259 mnt. WMK.

136 HR 19 november 1993, NJ 1994 259 mnt. WMK.

137 FJR 1991, p. 267.

138 Door hypotheek versterkte leningen worden in Tiel alleen gemeld als minstens 120 dagen betalingsachterstand bestaat. De gegevens over de kredietregistratie zijn door deze instantie verstrekt op 13 augustus 1996.

van grote leningen in verhouding tot het gezinsinkomen de toestemming van de andere echtgenoot vereist zou zijn. Ik realiseer mij wel dat het lastig zal zijn om een grens te formuleren. Een mogelijkheid zou zijn om een percentage van het gezinsinkomen aan te nemen, vergelijkbaar met de Duitse Gesamtvermögensgeschäfte, zie hoofdstuk 15.1.1. Natuurlijk zou men ook het zekere voor het onzekere kunnen nemen en gewoon alle leningen onder het toestemmingsvereiste kunnen brengen.¹³⁹

139 Ook Van der Burght, Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 162, acht de terughoudende opstelling van de Minister achterhaald.

Toestemmingsvereisten van de andere echtgenoot bij bepaalde rechtshandelingen naar Duits intern recht

In het Duitse recht zijn de toestemmingsvereisten afhankelijk van het huwelijksgoederenregime dat tussen de echtgenoten geldt. Voor derden is dit een nogal lastige situatie omdat zij, voordat zij er zeker van zijn dat een bepaalde rechtshandeling geldig is, eerst moeten uitvinden welk goederenstelsel in het concrete geval geldt. Of deze onderverdeling terecht is zal worden besproken na de behandeling van de vereisten.

13.1 Toestemmingsvereisten bij Zugewinnngemeinschaft

Bij de Zugewinnngemeinschaft horen twee categorieën van rechtshandelingen, waarvoor echtgenoten toestemming moeten hebben van hun partner. § 1365 schrijft dit voor bij zogenaamde *Gesamtvermögensgeschäfte*; § 1369 vereist toestemming bij de beschikking over *Haushaltsgegenstände*, door mij in het vervolg ook wel vertaald met ‘inboedelgoederen’.¹ De echtgenoten mogen niet zelf extra-wettelijke beperkingen overeenkomen, ook niet in huwelijkse voorwaarden, § 137.²

Indien de toestemming van de andere echtgenoot is vereist dan kan deze op verschillende wijzen worden gegeven: de echtgenoot kan zijn of haar toestemming voor deze rechtshandeling verklaren aan de handelende echtgenoot of aan de derde, § 182 lid 1.³ Volgens een aantal auteurs kan de toestemming ook algemeen worden gegeven voor alle rechtshandelingen waarvoor deze is vereist, maar dan moet zij wel zijn gegoten in een Ehevertrag.⁴ De toestemming kan ook worden afgeleid uit de gedragingen van de niet-handelende echtgenoot.⁵ Voor al deze gevallen geldt dat de toestemming kan worden herroepen zolang de rechtshandeling nog niet heeft plaatsgevonden, § 183. Echtgenoten kunnen in een Ehevertrag afstand doen van dit recht.⁶

1 Staudinger-Thiele, § 1369 Rn 11, geeft aan dat de inhoud van dit begrip overeenstemt met dat van de HausratsVO, een regeling voor de verdeling van de inboedel bij echtscheiding.

2 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 123.

3 Staudinger-Thiele, § 1366 Rn 10.

4 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 471, wijst erop dat dit niet geldt voor een herroepelijke(!) volmacht voor de handelende echtgenoot om de toestemming namens de andere echtgenoot te verklaren.

5 Staudinger-Thiele, § 1365 Rn 70.

6 Staudinger-Thiele, § 1365 Rn 71.

13.1.1 § 1365 BGB: Gesamtvermögensgeschäfte: beschikken over het gehele vermogen van de echtgenoot

§ 1365 vereist de toestemming van de andere echtgenoot voor obligatoire overeenkomsten waarin zich een echtgenoot verplicht om over zijn vermogen als geheel te beschikken.⁷ Is de obligatoire overeenkomst zonder toestemming gesloten dan kan de uitvoering van de overeenkomst alleen plaatsvinden als de andere echtgenoot alsnog toestemming verleent.⁸ Betreft het een eenzijdige rechtshandeling, dan is deze nietig als zij zonder toestemming van de andere echtgenoot wordt verricht, § 1367. Genehmigung achteraf die alsnog de rechtshandeling geldigheid kan verlenen, is bij eenzijdige rechtshandelingen niet aan de orde.

Omdat zonder de vereiste toestemming een Gesamtvermögensgeschäft nietig is, en het welhaast per definitie om grotere transacties gaat (tenminste voor de echtgenoot-partij) is het belangrijk om eenvoudig vast te kunnen stellen, wanneer men met een dergelijke rechtshandeling te maken heeft. Anders dan men wellicht zou verwachten, is dit niet erg duidelijk geregeld. De wet kent de term ‘Gesamtverfügung’ niet.⁹ Mede vanwege de grote belangen en de onzekerheid over de toepasselijkheid van § 1365 wordt vaak standaard de handtekening van de andere echtgenoot gevraagd bij de totstandkoming van mogelijke § 1365-transacties.¹⁰ Dat dit net als in Nederland bij art. 1:88 tot pijnlijke situaties kan leiden, mag duidelijk zijn.

DE RATIO EN WERKINGSOMVANG VAN § 1365 BGB

Het BGH¹¹ leidt de werkingsomvang af uit de ratio van de bepaling die tweeledig is. Enerzijds moet de tegenwoordige continuïteit van de financiële basis van het gezin worden gewaarborgd. Daarnaast speelt ook het individuele belang van de echtgenoot een rol, die zijn Zugewinnausgleich aan het einde van het huwelijk veilig wil stellen.¹²

§ 1365 geldt daarom in beginsel alleen zolang het huwelijk met toepassing

7 Beschikt de handelende echtgenoot over vermogensbestanddelen van de andere echtgenoot, dan is § 1365 niet van toepassing, en spelen alleen de in hoofdstuk 4 behandelde beschermingsbepalingen een rol.

8 Henrich, Familienrecht, p. 100; Staudinger-Thiele, § 1365 Rn 7a. Zie voor de toestemmingseis bij veilingen: OLG Düsseldorf, 12 juli 1994, FamRZ 1995, p. 309; Sudhof, FamRZ 1994, p. 1152-1154.

9 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 124.

10 Fülber, NJW 1989, p. 2802.

11 BGH 28 april 1961, NJW 1961, p. 1301; BGHZ 35, p. 135.

12 BGH 25 juni 1980, NJW 1980, p. 2350; BGHZ 77, p. 293; FamRZ 1980, p. 765, herhaald in BGH 21 maart 1996, NJW 1996, p. 1740. Mülke, AcP 161 (1962), p. 129-130. Künzl leidt deze functies af uit de wetsgeschiedenis, FamRZ 1988, p. 445; Benthin, FamRZ 1982, p. 339 en 342, noemt ook de familiale samenhang. Wörbelauer zag het behoud van de financiële basis van het gezin als enige ratio, NJW 1960, p. 797.

van de Zugewinnngemeinschaft als huwelijksvermogensregime voortduurt.¹³ Dit moet in zoverre worden genuanceerd, dat § 1365 alleen zover geldt als dat ter bescherming van de Zugewinnausgleich kan werken. Dit wordt een louter theoretisch vereiste als echtgenoten - onder handhaving van het wettelijk stelsel - de Zugewinnausgleich hebben uitgesloten.

Indien bij een transactie het obligatoire deel nog voor de ontbinding van het huwelijk tot stand komt en de zakenrechtelijke afwikkeling pas daarna haar beslag krijgt, dan is het de vraag of § 1365 nog van toepassing is. Immers kan door uitvoering van de overeenkomst na de echtscheiding de uitbetaling van de Zugewinn in gevaar komen. Zij kan ook de praktische uitwerking van de uitbetaling in natura aantasten.¹⁴ Sommigen maken dan ook een onderscheid naar de wijze waarop de Zugewinnngemeinschaft eindigt en of in een concreet geval de realisatie van de Zugewinn-afrekening in gevaar is.¹⁵

Voor vóórhuwelijkse verplichtingen ligt het anders: Tiedtke¹⁶ formuleert het aldus, dat de andere echtgenoot zijn huwelijkspartner vermogensrechtelijk zo krijgt, zoals deze voor de huwelijkssluiting was, dus met alle op hem rustende verbintenissen uit de vrijgezellentijd. Daarin komt door de huwelijkssluiting geen verandering. De overeenkomst kan dan zonder toestemming worden nagekomen.

WAT IS EEN 'GESAMTVERMÖGENSGESCHÄFT'?

Zonder de pretentie de vraag uitputtend te willen behandelen, moeten toch enkele woorden worden gezegd over de invulling van het begrip 'Vermögen im ganzen'. Braga¹⁷ heeft in een analyse van de totstandkoming van deze bepaling vastgesteld dat juist dit belangrijke punt nooit zuiver is uitgewerkt.

Tegenwoordig staat vast dat daarbij vereist is dat het ten eerste transactie moet zijn waarbij een groot deel van het vermogen van de echtgenoot betrokken is, maar partijen moeten het er ook over eens zijn dat dit het geval is. Het gaat er dus niet alleen om, vast te stellen hoe groot het percentage van het betroffen vermogen is, maar ook om kennis van de wederpartij van dit feit.

I. DE TRANSACTIE BETREFT EEN SUBSTANTIEEL DEEL VAN HET VERMOGEN VAN DE HANDELENDE ECHTGENOOT

In tegenstelling tot hetgeen men op het eerste gezicht uit de formulering van de wetstekst zou kunnen afleiden, geldt deze bepaling ook wanneer men over

13 § 1365 geldt niet meer als een der echtgenoten is overleden. Voor de vraag of iets aan de ongeldigheid verandert als de ene partner overlijdt, nadat hij zijn toestemming had geweigerd, zie verderop.

14 Zo ook Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 129. Anders: BayObLG 5 april 1972, NJW 1972, p. 1470, dat aanneemt dat de beperkingen door de Zugewinnngemeinschaft met het einde van dat regime gelijk verdwijnen. Daarmee zou de echtgenoot direct weer handelingsbevoegd worden.

15 Künzl, FamRZ 1988 p. 452 e.v.; Reinicke, NJW 1973, p. 305-307; Staudinger-Thiele, § 1365 Rn 103-107.

16 FamRZ 1975, p. 67.

17 FamRZ 1967, p. 652-653; zie ook Tiedtke, FamRZ 1975, p. 65.

diverse vermogensbestanddelen beschikt die samen het vermogen vormen.¹⁸ § 1365 kan ook worden toegepast als slechts één object in wezen het gehele vermogen vormt.¹⁹ Het is duidelijk dat slechts aan de beschermingsratio effectief kan worden voldaan als men aanneemt dat § 1365 altijd geldt bij transacties die een groot deel van het vermogen beslaan.²⁰ Relevant daarbij is het *percentage* van het vermogen dat wordt getroffen. Het gaat er niet in eerste instantie om hoeveel iemand nominaal overhoudt. Dat wordt gerechtvaardigd met de overweging dat bij personen met een groter vermogen in het algemeen meer geld nodig is om de gebruikelijke levensstijl te continueren. Als de handelende echtgenoot DM 50.000 overhoudt, vindt men dit wel voldoende, zodat in dat geval geen toestemming van de andere echtgenoot is vereist. Deze overwegingen vinden wij terug in de ruime jurisprudentie en literatuur over dit onderwerp.²¹

Bij de berekening van het overblijvende vermogen blijft toekomstige vermogenstoename, bijvoorbeeld door inkomsten uit arbeid,²² in beginsel buiten beschouwing. Het is immers niet zeker dat deze de financiële situatie van het gezin daadwerkelijk gaan versterken.²³ Dit geldt niet voor Anwartschaftsrechte, die reeds tot het vermogen worden gerekend, aldus het BGH.²⁴ Opvallend is dat bij de afweging of een transactie een zo groot gedeelte van het vermogen betreft dat zij onder § 1365 valt, niet wordt gekeken naar eventuele tegenprestaties, waardoor per saldo het vermogen mogelijk veel minder wordt aangetast, gelijk blijft of zelfs in waarde toeneemt. Deze opvatting wordt verdedigd met een verwijzing naar het recht van medezeggenschap dat aan de echtgenoot moet toekomen als het vermogen van de ander in poten-

18 Zie het reeds eerder aangehaalde arrest van het BGH van 28 april 1961, NJW 1961, p. 1303; Henrich, Familienrecht, p. 96. Voor verdere verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie zie Benthin, FamRZ 1982, p. 338 e.v., en Künzl, FamRZ 1988, p. 453, noot 12.

19 BGH 25 juni 1993, NJW 1993, p. 2441; FamRZ 1993, p. 1302; BGHZ 123, p. 93. Zie Langenfeld, Handbuch, Randnr. 98.

20 Enigszins afwijkend: Benthin bepleit juist een restrictieve toepassing van § 1365 omdat hij meer nadruk legt op de eigen verantwoordelijkheid van de echtgenoten en het ongestoorde verloop van het rechtsverkeer. FamRZ 1982, p. 342-343.

21 BGH 13 maart 1991, NJW 1991 p. 1739 leert ons dat bij grotere vermogens de toestemming niet is vereist, als nog 10% van het oorspronkelijke vermogen overblijft. I.c. ging het om een vermogen van DM 500.000, waarvan ± DM 60.000 overbleef, zo ook LG Frankfurt/M., 25 oktober 1991, FamRZ 1992, p. 1080. Bij kleine vermogens, onder DM 150.000, geldt § 1364 in ieder geval niet als nog 15 % van het vermogen overblijft, aldus BGH 25 juni 1980, BGHZ 77, p. 293; FamRZ 1980 p. 765-768; NJW 1989, p. 2350; BGH 25 juni 1993, NJW 1993, p. 2441; FamRZ 1993, p. 1302; BGHZ 123, p. 93. OLG Stuttgart, 27 februari 1983, FamRZ 1984, p. 699, achtte geen Gesamtvermögensgeschäft aanwezig omdat meer dan 20% van het vermogen was overgebleven. Zie Finger, JZ 1975, p. 461-469; MünchKomm (Gernhuber), Randnr. 20-21 bij § 1365; Dörr, Hansen, NJW 1994, p. 2799; Hohloch, NJW 1995, p. 305.

22 BGH 21 maart 1996, NJW 1996, p. 1740, met verwijzing naar eerdere rechtspraak in deze zin.

23 Henrich, Familienrecht, p. 97; Langenfeld, Handbuch, Randnr. 100, met nadere uitwerkingen.

24 BGH 21 maart 1996, NJW 1996, p. 1740; FamRZ 1996, p. 792. De daartegenover staande koop-prijsvordering wordt bij de berekening van het vermogen van de handelende echtgenoot niet meegenomen; MünchKomm (Gernhuber), Randnr 19 bij § 1365 BGB.

tieel existentiebedreigende mate wordt herbelegd.²⁵ Dat lijkt mij een zinvolle overweging. Mocht een risicovolle investering onverhoopt mislopen, dan treffen de nadelige gevolgen ook de rest van het gezin, maar bij risicoloze transacties lijkt dit een beetje overdreven.²⁶ Toegegeven moet worden dat het soms niet eenvoudig is om vast te stellen of het een transactie betreft die het vermogen aantast of aan kán tasten of niet. Lüderitz²⁷ wijst op het feit dat een beperking tot rechtshandelingen die het vermogen van de echtgenoot verkleinen niet in de wet of de wetsgeschiedenis voorkomt. Bovendien bestaan in het huwelijksgoederenrecht bij rechtshandelingen om niet nog extra beschermingsmaatregelen, bijvoorbeeld § 1425 BGB.

Het is derhalve niet voldoende dat door de gevolgen van een bepaalde transactie een beschermenswaardig belang in de zin van § 1365 van de andere echtgenoot ontstaat. Concreet houdt dit in dat volgens de heersende leer het aangaan van geldschulden, borgtochten en andere garantieovereenkomsten, die zoals bekend, erg ingrijpende gevolgen kunnen hebben, niet onder de toestemmingseis van § 1365 wordt gebracht.²⁸ Daarentegen valt overdracht tot zekerheid wel onder § 1365, omdat hierbij wel degelijk sprake is van beschikking over vermogensbestanddelen, ook al is zij slechts tijdelijk bedoeld.²⁹

II. WAT MOET DE WEDERPARTIJ WETEN?

a. Kennis omtrent de financiële feiten waaruit het karakter van het Gesamtvermögensgeschäft kan worden afgeleid

§ 1365 werkt alleen als ook de derde kennis heeft van de omstandigheden waaruit blijkt dat het een Gesamtvermögensgeschäft betreft op het moment dat de echtgenoot de rechtshandeling verricht waartoe eigenlijk de toestemming van de partner was vereist.³⁰ Derden die dit niet weten worden be-

25 BGB-RGRK-Finke Anm. 11 bij § 1365; Langenfeld, Handbuch, Randnr. 99, met een verwijzing naar BGH 28 april 1961, BGHZ 35, p. 135, 145; NJW 1961, p. 1301.

26 Langenfeld, Handbuch, Randnr. 109 spreekt van "lebensfremd".

27 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 125. § 1365 is ook dan niet van toepassing, indien de vermogensbedreiging niet direct is. In een zaak voor het OLG Rostock, 11 mei 1995, NJW 1995, p. 3127, had de man zich verplicht om een koopprijs voor een onroerende zaak te betalen; bij niet-betaling was hij een vrij hoge rente verschuldigd. In dit arrest zijn verdere verwijzingen naar rechtspraak opgenomen.

28 OLG Rostock 11 mei 1995, NJW 1995, p. 3127; BGB-RGRK-Finke Anm. 7 bij § 1365; Beitzke, Familienrecht, p. 109; MünchKomm (Gernhuber), Randnr. 41 bij § 1365; Staudinger-Thiele, § 1365 Rn 6 met verschillende voorbeelden. Mülke, AcP 161 (1962), p. 144-149, voelt er wel voor om ook deze rechtshandelingen onder de bescherming te brengen; zo ook Langenfeld, Handbuch, Randnr. 106. De problemen rond de borgstelling van een echtgenoot voor de schulden die zijn partner aangaat, laat ik hier buiten beschouwing. Zie bijv. BGH 2 november 1995, NJW 1996, p. 513, FamRZ 1996, p. 277.

29 MünchKomm (Gernhuber), Randnr. 80 bij § 1365; Staudinger-Thiele, § 1365 Rn 40 met verdere verwijzingen.

30 BGH 26 februari 1965, BGHZ 43, p. 174; FamRZ 1965, p. 258; BGH 22 april 1975, BGHZ 64, p. 246 (met name over de onderzoeksplicht van de notaris); BGH 23 juni 1983, NJW 1984, p. 609, 610; BGH 25 juni 1993, NJW 1993, p. 2441; FamRZ 1993, p. 1302; BGHZ 123, p. 93.

schermde. Hierover is in de literatuur een felle strijd geleverd, omdat de wet niet duidelijk aangeeft, wat de kennis van de derde en eventueel de handelende echtgenoot moet omvatten.³¹ Volgens het BGH geldt de *subjektive Einzeltheorie*, die inhoudt dat, indien het hele vermogen of een aanzienlijk deel ervan wordt vervreemd en de wederpartij kennis heeft van de feiten waaruit dat is af te leiden, men te maken heeft met een Gesamtvermögensgeschäft in de zin van § 1365.³²

b. Kennis van het feit dat de echtgenoot in Zugewinnsgemeinschaft is gehuwd Voor de derde, zo de heersende leer, geldt een onderzoeksplicht omtrent de burgerlijke staat van de wederpartij en het eventueel geldende huwelijksvermogensregime. Bij de meest belangrijke soort van transacties, waarbij onroerend goed betrokken is, is dit geen groot probleem omdat daar altijd een notaris bij betrokken is die een recherche- en mededelingsplicht heeft, waardoor onkunde bij de verkrijger zelden zal voorkomen. Enerzijds heeft dit als gevolg dat de notaris informatie moet geven over de werking van § 1365; daarnaast is het mogelijk dat de derde nog ontbrekende kennis ontvangt over de financiële situatie van de echtgenoot. Dit draagt bij tot een effectieve bescherming van de echtgenoten.

Kan overdaad ook hier schaden? Een al te ijverige notaris kan ook achter teveel informatie komen en daarmee de positie van de derde schaden. Liessem acht de notaris in zo'n geval eventueel schadeplichtig jegens de derde.³³

Dit is niet de opvatting van het BGH.³⁴ Het BGH heeft zich in een aantal arresten duidelijk voor vergaande onderzoeks- en mededelingsplichten van de notaris uitgesproken. Een notaris moet er immers voor zorgdragen dat de transactie aan alle geldingsvereisten voldoet, waartoe ook de toestemming van § 1365 behoort. Zodra een notaris te maken heeft met een in Zugewinn-

MünchKomm (Gernhuber), Randnr. 25 e.v. bij § 1365, in het bijzonder noot 24; BGB-RGRK-Finke Anm 12 bij § 1365; Langenfeld, Handbuch, Randnr. 98; Tiedtke, FamRZ 1975, p. 66.

31 Zie bijvoorbeeld Mülke, AcP 161 (1962), p. 129-162, in het bijzonder p. 158-slot (vergaande onderzoeksplichten van de derde bij de echtgenoten); Braga, FamRZ 1967, p. 655 (zuiver objectieve leer, om onafhankelijkheid van mededelingen van echtgenoten te bereiken); Beitzke, Familienrecht, p. 108 (beide partijen moeten van de relevante feiten op de hoogte zijn); Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 124-125 (alleen de wederpartij moet ervan op de hoogte zijn); Finger, JZ 1975, p. 461-469 (zuiver objectieve leer om optimale gezinsbescherming te bereiken); BGB-RGRK-Finke Anm. 12 bij § 1365 schrijft hierover: fahrlässige Unkenntnis schadet nicht. Müller, AcP 161 (1962), p. 157, is van mening dat ook schuldhafe Unkenntnis niet aan de toepassing van § 1365 in de weg staat.

32 BGH 25 juni 1993, BGHZ 123, p. 93; NJW 1993, p. 2441; FamRZ 1993, p. 1302. Dit ging over een zaak waarbij een perceel werd bezwaard met een levenslang woonrecht ten bate van een derde. Het BGH besliste dat § 1365 alleen van toepassing was als die derde ook op de hoogte was van de waardevermindering door het vestigen van dat recht en de daarna zeer geringe overblijvende waarde van het perceel. Zie reeds BGH 26 februari 1965, BGHZ 43, p. 174 dat positieve kennis eiste.

33 NJW 1989, p. 497-498.

34 BGH 28 april 1961, NJW 1961, p. 1301; BGHZ 35, p. 135. Zo ook Staudinger-Thiele, § 1365 Rn 115.

gemeenschap gehuwde echtgenoot, moet hij onderzoeken of er sprake is van een § 1365-geval. Daartoe moet hij eerst de handelende echtgenoot informeren omtrent het bestaan en de inhoud van § 1365. Of er in een concreet geval toepassing van deze regeling volgt hangt af van de informatie die de vervreemdende echtgenoot aan de notaris verschaft omtrent zijn financiële positie. Mocht er een concreet aanknopingspunt zijn voor toepassing van § 1365, dan moet de notaris wel gericht onderzoek gaan plegen. Als de verkrijger in dat geval daardoor wordt geschaad, dan doet dat niet terzake, omdat dan diens belang moet wijken voor de bescherming die § 1365 biedt, aldus het BGH. De notaris is wel aansprakelijk voor schade die wordt veroorzaakt door een verzaken van zijn onderzoeksplicht.³⁵

De in de heersende leer aangenomen ‘derdenbescherming’, waarmee wordt bedoeld dat jegens de derde niet de werking van § 1365 kan worden ingeroepen, geldt niet als de onjuiste voorstelling bij de derde andere aspecten betreft, bijvoorbeeld de huwelijks staat van de handelende, het (onjuiste) feit dat de andere partner toestemming zou hebben verleend of wanneer de derde ten onrechte meent dat het echtpaar in gemeenschap van goederen is gehuwd.³⁶ In geval van twijfel moet de derde maar uitgaan van het vermoeden dat partijen in het wettelijk stelsel zijn gehuwd³⁷ en - voor de zekerheid - de toestemming van de andere partner expliciet verlangen.

Een bijkomend probleem hierbij is dat mensen die een overeenkomst willen aangaan, nergens definitief uitsluitsel kunnen krijgen over de vraag of de potentiële wederpartij gehuwd is. Het persoonsregister is voor particuliere derden nauwelijks openbaar. § 61 lid 1 Pstg eist een ‘rechtliches Interesse’, dat vooral gegeven is indien men een uittreksel moet overleggen op grond van een wettelijke regeling.³⁸ Indien de notaris abusievelijk ervan uitgaat dat de vervreemder ongehuwd is en de verkrijger ook niet beter weet, dan doet dat niet af aan de werking van § 1365. Het risico van de werking van § 1365 ligt dan bij de verkrijger. Dit is een vrij vergaande keuze voor de bescherming van de belangen van de andere echtgenoot.³⁹

Het lijkt mij terecht dat in beginsel de bescherming van de andere echtgenoot prevaleert. Omstreden is of de derde die schade lijdt door misleiding door de handelende echtgenoot zijn negatief belang, de ‘Vertrauensschaden’, vergoed krijgt. De heersende wil deze vergoeding toekennen op grond van de leer van de ‘culpa in contrahendo’, § 307. In ieder geval zal een eventuele vergoeding beperkt worden tot het negatief belang.⁴⁰

35 Staudinger-Thiele, § 1365 Rn 115.

36 Liessem, NJW 1989, p. 502; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 128. In dat geval gelden andere bevoegdheidsbeperkingen, zie het volgende onderdeel.

37 BGH 14 juli 1953, BGHZ 10, p. 266 met een beroep op RG 17 januari 1930, RGZ 127, p. 110

38 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 29.

39 Langenfeld, Handbuch, Randnr. 95.

40 Liessem, NJW 1989, p. 502. Staudinger-Thiele, § 1365 Rn 98, spreekt zich tegen een schadevergoedingsverplichting in dit geval uit. Firsching/Graba, Randnr. 190, vragen zich ook af of deze

EEN BIJZONDER PROBLEEM: ECHTGENOTEN BLIJKEN ACHTERAF IN ZUGEWINNGEMEINSCHAFT TE ZIJN GEHUWD OMDAT DE UITSLUITING VAN DE VERSORUNGSAUSGLEICH EX § 1408 LID 2 NIETIG WAS, § 1414 BGB

Het effect dat bij een uitsluiting van de Versorgungsausgleich bij de Zugewinnngemeinschaft de Gütertrennung van rechtswege intreedt, is al aan de orde geweest in hoofdstuk 7. Het probleem dat deze uitsluiting niet geldig is indien zij gedurende één jaar voor het instellen van een vordering tot echtscheiding is ingesteld, is al in onderdeel 9.1 besproken.

Wat is de positie van een derde die binnen dit jaar handelt met een der echtgenoten en daarbij in de veronderstelling verkeert dat de echtgenoot in Gütertrennung is gehuwd, waarvoor de beperking van § 1365 niet geldt? Volgens de heersende leer wordt de derde niet beschermd.⁴¹ De andere echtgenoot kan het ontbreken van de toestemming aan de derde tegenwerpen als zij achteraf toch in Zugewinnngemeinschaft blijken te zijn gehuwd.

Dit is wel erg zuur voor de derde omdat hij daar ook bij een grondig onderzoek van de registers niet achter had kunnen komen. Is dit een reden om een uitzondering te maken? Als men ervoor zou kiezen om in een dergelijk geval wel een uitzondering te maken en de derde te beschermen, dan kan de andere echtgenoot niets meer tegen de rechtshandeling ondernemen. Dat is ongewenst omdat de handelende echtgenoot die kwaad wil, op deze wijze eerst onder de toestemmingverlening uit kan komen en vervolgens de echtscheiding kan verkrijgen. Medewerking van de andere partij aan de echtscheiding of instemming ermee is immers niet vereist als echtgenoten minstens drie jaren apart hebben gewoond, § 1566.

In dit dilemma kies ik voor de hoofdregel, dat de derde niet beschermd is, waardoor in alle gevallen het risico aan zijn zijde ligt wanneer echtgenoten in een ander regime zijn gehuwd dan hij heeft aangenomen. Voor de zekerheid kan hij er natuurlijk voor kiezen om in ieder geval de toestemming van de andere echtgenoot te verkrijgen. Deze kan eventueel in een standaardformulier in die zin voorwaardelijk geformuleerd worden dat zij alleen geldt voor het geval dat echtgenoten in Zugewinnngemeinschaft zijn gehuwd. Is een notaris bij de transactie betrokken, dan kan deze wellicht de derde op deze mogelijkheid wijzen.

WANNEER MOET DE DERDE KENNIS HEBBEN VAN DE RELEVANTE GEGEVENS VOOR DE TOEPASSING VAN § 1365?

In de Duitse literatuur en rechtspraak bestond een controverse omtrent dit tijdstip.⁴² Het BGH heeft in een arrest van 1989⁴³ uitgesproken dat de kennis

actie niet onmogelijk is omdat zij tegen de bedoelde bescherming ingaat.

41 BGB-RGRK-Finke Anm. 13 bij § 1365; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 128.

42 Een aantal opteeden voor het moment van het sluiten van de obligatoire overeenkomst: o.a. Gernhuber in MünchKomm, Randnr. 29 bij § 1365; Staudinger-Thiele, § 1365 Rn 24; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 126. Anderen nemen het moment aan, waarop de vervreemder al het

bij de derde omtrent het ware karakter van de transactie moet bestaan op het moment van het sluiten van de obligatoire overeenkomst. Indien hij op dat moment niet weet dat er een Gesamtvermögensgeschäft wordt gesloten, dan moet het niet zo zijn dat de nakoming nog door een weigering van de toestemming van de andere echtgenoot geblokkeerd zou kunnen worden. Is dus de derde op dat moment niet op de hoogte dan kan de gehele transactie haar doorgang vinden.⁴⁴

DOORBREKING VAN HET ABSTRACTE STELSEL

Het BGH heeft in het genoemde arrest⁴⁵ ook gezegd dat er op deze plaats voldoende grond is om van de hoofdregel van het Duitse zakenrecht, het abstracte stelsel, af te wijken. Voor een geldige overdracht van § 1365-goederen wordt een geldige obligatoire rechtshandeling geëist. Alleen toestemming te eisen voor de levering heeft weinig zin. Indien het sluiten van een obligatoire overeenkomst zonder toestemming mogelijk zou zijn, dan heeft het weigeren van de toestemming in de goederenrechtelijke fase tot gevolg dat de echtgenoot niet kan nakomen. De schadevergoedingsvordering kan in dat geval waarschijnlijk een dusdanig bedrag zijn, gezien de omvang van de transactie met Gesamtvermögensgeschäft-karakter, dat bescherming van het gezin illusoir kan worden. Indien men de toestemming al eist bij de obligatoire fase dan heeft het weigeren van toestemming tot gevolg dat de obligatoire verplichting vervalt. De handelende echtgenoot is dan niet meer tot nakoming verplicht waardoor geen schadevergoedingsclaim meer kan worden ingediend. Bovendien, zo stelt het BGH, heeft de handelende echtgenoot dan ook de mogelijkheid van revindicatie om eventueel geleverde goederen terug te halen. Indien slechts ontbinding wegens niet-nakoming mogelijk zou zijn, dan zou de handelende echtgenoot alleen een terugleveringsvordering kunnen instellen, § 812.⁴⁶

Tot slot nog het volgende: als de derde een goed zonder de vereiste toestemming verkregen heeft en het vervolgens vervreemdt aan een vierde partij, kan de laatstgenoemde naar de algemene regels omtrent de verkrijging van een beschikkingsonbevoegde worden beschermd. § 1365 is dan uitgewerkt.⁴⁷

nodige voor de levering heeft gedaan: Liessem, NJW 1989, p. 498-499, noten 15-16; Tiedtke, FamRZ 1976, p. 322, en Bosch, FamRZ 1984, p. 588, in zijn noot onder OLG Saarbrücken 15 maart 1984.

43 BGH 12 januari 1989, JZ 1989 p. 451; BGHZ 106, p. 253.

44 Deze opvatting wordt herhaald in BGH 16 mei 1990, NJW-RR 1990, p. 1154. Zie voor een dergelijk geval LG Bochum, 11 december 1990, FamRZ 1991, p. 942-943. Zie voor het relevante tijdstip bij veilingen: Sudhof, FamRZ 1994, p. 1155-1156.; LG Köln, 26 oktober 1993, FamRZ 1995, p. 1144, met verdere verwijzingen naar overige jurisprudentie.

45 BGH 12 januari 1989, JZ 1989, p. 451; FamRZ 1989, p. 475.

46 Palandt/Thomas, Randnr. 6 bij § 818. Het is duidelijk een teruglevering, waarvoor ook de normale vereisten, zoals § 930 e.v., gelden. Het is geen revindicatievordering.

47 BGB-RGRK-Finke Anm. 13 bij § 1365.

KWALIFICATIE VAN DE WERKING VAN § 1365 BGB

Men ziet § 1365 als een beperking om vrij over zijn eigen goederen te beschikken. Vroeger was omstreden of het een 'absolutes Veräußerungsverbot' is. Dit is relevant voor de vraag of een derde te goeder trouw zou kunnen worden beschermd door § 135, een bepaling die slechts werkt bij onbevoegdheid die haar oorsprong vindt in een wettelijk voorschrift dat alleen ten doel heeft om bepaalde personen te beschermen.⁴⁸ In de jurisprudentie⁴⁹ is de toepasselijkheid van § 135 voor dit geval uitgesloten, omdat de bescherming zowel de andere echtgenoot alsook andere gezinsleden omvat. § 1365 wordt inmiddels door de heersende leer en het BGH als absoluut verbod gekwalificeerd.⁵⁰ Het BGH heeft gekozen voor een absoluut verbod met een beroep op de wetsgeschiedenis en de relatie met § 1368 BGB. Anders zou het onmogelijk zijn dat de handelende echtgenoot zelfstandig een beroep op § 1365 jegens de wederpartij zou kunnen doen. Zou het een relatief nietige rechtshandeling zijn, dan zou dit beroep slechts aan de partner toekomen, aldus het BGH, vergelijkbaar met de situatie bij het Nederlandse art. 1:88 BW.

EEN RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKING

Ook in het Nederlandse recht is discussie gevoerd over de vraag hoe men de regel van art. 1:88 moet kwalificeren, zie de behandeling in het vorige hoofdstuk. Daarbij kwamen verschillende opvattingen over handelingsonbevoegdheid aan de orde. Een opvallend verschil is dat in Duitsland bij ontbrekende toestemming nietigheid wordt aangenomen, terwijl in Nederland de betreffende rechtshandeling die zonder toestemming is verricht, vernietigbaar is door de andere echtgenoot. Dat lijkt mij een betere regeling, omdat zij meer recht doet aan de beschermingsbedoeling. De te beschermen echtgenoot kan zelf kiezen of hij van de bescherming gebruik wil maken. Daarmee voorkomt men ook het in mijn ogen ongewenste fenomeen dat de handelende echtgenoot zelf, zonder enige medewerking van de te beschermen echtgenoot, de nietigheid van de transactie kan invoeren. In Duitsland krijgt hij een soort extra bedenktijd: als hij later besluit dat hem de transactie niet goed uitkomt dan kan hij er alsnog vanaf. In Nederland zal door beïnvloeding van de andere echtgenoot ook wel eens hetzelfde gevolg worden bereikt,⁵¹ maar dan handelt in ieder geval nog de andere echtgenoot, al was het maar pro forma. In ieder geval is hij dan op de hoogte van de transactie en zijn beschermingsbelang.

48 Zie Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 505, met verdere verwijzingen.

49 OLG Celle 23 juni 1970, NJW 1970, p. 1883.

50 BGH 13 november 1963, BGHZ 40, p. 218; Liessem, NJW 1989, p. 497; Staudinger-Thiele, § 1365 Rn 99; BGB-RGRK-Finke Anm. 1 bij § 1365; Langenfeld, Handbuch, Randnr. 95; MünchKomm (Gernhuber), Randnr. 5 en 6 bij § 1365 met verdere historische opmerkingen en een alternatieve uitleg die door een aantal schrijvers werd verdedigd. Zie bijvoorbeeld Künzl, FamRZ 1988, p. 455.

51 Denk aan de Fiets-O-Fit-zaak, HR 31 mei 1991, NJ 1991 777 mnt. EAAL.

TOEPASSELIJKEHEID VAN ANDERE DERDENBESCHERMINGSMOGELIJKHEDEN?

De derde heeft geen mogelijkheden om een geslaagd beroep op de algemene derdenbeschermingsmogelijkheden ten aanzien van registergoederen te doen, omdat bepalingen als § 892 en 893⁵² niet tegen ontbrekende toestemming beschermen. In het Grundbuch kunnen de feiten waaruit dit kenbaar zou zijn, in de regel niet worden ingeschreven, waardoor goede trouw op dit punt niet uit het Grundbuch is af te leiden.⁵³

Andere beschermingsmaatregelen uit het goederenrecht worden door de toepasselijkheid van § 1365 niet buiten spel gezet, maar in het algemeen zal de derde er niet veel aan hebben. Bijvoorbeeld beschermt § 932 tegen beschikkingsonbevoegdheid van een vervreemder⁵⁴ maar deze bepaling zorgt er alleen voor dat het vertrouwen van de verkrijger, dat de vervreemder eigenaar is, als werkelijkheid mag gelden. Het onderhavige probleem ligt niet in de eigendomsverhoudingen maar in een huwelijksgoederenrechtelijke beperking, en daarvoor is § 932 niet geschreven. Slechts de vierde hand, degene die verkreeg van de wederpartij van de echtgenoot, kan eventueel baat hebben bij deze bepaling.⁵⁵

ONDERZOEKSPlicht VOOR GRUNDBUCHBEAMTEN NAAR DE HANDELINGS- BEVOEGDHEID VAN ECHTGENOTEN?

Omstreden is of onderzoek naar de handelingsbevoegdheid door de ambtenaren van het Grundbuchamt vereist is. In beginsel kunnen Grundbuchmedewerkers opbouwen op het werk van de notaris die al het noodzakelijke onderzoek naar de handelingsbevoegdheid van de echtgenoten behoort te verrichten.⁵⁶

Indien zij ten onrechte een transactie inschrijven die door het ontbreken van de toestemming nietig blijkt te zijn dan heeft dit tot gevolg dat er een foutieve inschrijving in het register plaatsvindt.⁵⁷ Het BGH heeft geoordeeld, dat het Grundbuchamt in gevallen waar concrete aanknopingspunten zijn voor het feit dat er mogelijk sprake is van een Gesamtvermögensgeschäft, onderzoek

52 Deze bepalingen zijn kort besproken in onderdeel 4.3. Zie voor de toepassing in dit kader Staudinger-Thiele, § 1365 Rn 108.

53 Staudinger-Thiele, § 1365 Rn 108; Liessem, NJW 1989, p. 497. Anders OLG Celle, 23 juni 1970, NJW 1970, p. 1883, waar de rechter in een bijzonder geval dat in een echtscheidingscontext de man probeerde om zijn huis zonder toestemming van de andere echtgenoot te verkopen, wel toestond om de beperking in zijn beschikkingsbevoegdheid in het Grundbuch in te schrijven.

54 Zie de behandeling ervan in onderdeel 4.1.

55 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 508.

56 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 126-127; vergaand onderzoek eist Wöbelauer, NJW 1960, p. 793. Zoals BGH, zie onderstaand: Liessem, NJW 1989, p. 499; Staudinger-Thiele, § 1365 Rn 110 e.v.

57 BGH 13 januari 1956, BGHZ 19, p. 359. De echtgenoot die de toestemming had moeten geven, kan tegen de foutieve inschrijving actie ondernemen conform § 1368 j° 899 BGB. Zie MünchKomm (Gernhuber), Randnr. 66 bij § 1365.

moet plegen naar de juistheid van die aanwijzingen.⁵⁸ Als er daadwerkelijk sprake is van een Gesamtvermögensgeschäft moeten zij ook onderzoeken of de toestemming is verleend.⁵⁹ Een complicerende factor hierbij is het feit dat in de regel de toestemming bij rechtshandelingen die zelf een vormvereiste kennen, vormloos kan worden gegeven, zie § 182 lid 2, hetgeen tot allerlei interpretatieproblemen aanleiding kan geven.⁶⁰

De vraag, of men mag afgaan op foutieve mededelingen van de vervreemder, beantwoordt Liessem in het algemeen positief als het verhaal van de echtgenoot aannemelijk is.⁶¹ Ik kan hem daarin niet volgen, omdat daardoor de belangen van de andere echtgenoot wel erg op de tocht komen te staan. Als een echtgenoot zijn toevlucht zoekt tot leugens en bedrog dan zal er wel iets ernstig mis zijn met de transactie, anders had hij geen aanleiding voor zijn handelwijze gehad. Als de schijn dan ook nog tegen de andere echtgenoot wordt gebruikt, blijft er van de beoogde bescherming door § 1365 weinig meer over.

ENKELE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKINGEN

Ten eerste valt op dat § 1365 alleen geldt ten aanzien van eigen goederen van de handelende echtgenoot, terwijl in het Nederlandse recht samenloop van een bestuursoverschrijding en de toestemmingsproblematiek van art. 1:88 mogelijk is. Pleegt een echtgenoot in het Duitse recht een bestuursoverschrijding, dan is in de bekende gevallen derdenbescherming mogelijk en heeft de andere echtgenoot een zwakkere positie dan in een geval waarin § 1365 wel toepasbaar is (tenzij het een abhandengekommene Sache betreft). Derdenbescherming in het kader van § 1365 is nauwelijks mogelijk. Een opmerkelijke situatie.

De rechtsgevolgen van een geslaagd beroep in het Duitse en Nederlandse recht lijken op elkaar: een geslaagd beroep op art. 1:89 jo 1:88 leidt tot beschikkingsonbevoegdheid bij de derde, terwijl diens rechtsopvolger daar-

58 BGH 28 april 1961, NJW 1961, p. 1301; BGHZ 35, p. 135; BGH 22 april 1975, NJW 1975, p. 1271. Langenfeld, Handbuch, Randnr. 103.

59 BGH 28 april 1961, NJW 1961 p. 1301; BGHZ 35, p. 135. Instemmend MünchKomm (Gernhuber), Randnr. 65 bij § 1365 met verwijzingen in noot 70; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 126-127. Voor gevallen waar de ambtenaar niet voldoende aanwijzingen had om tot een onderzoek over te gaan: BGH 13 juli 1959, BGHZ 30, p. 255 en LG Bochum, 11 december 1990, FamRZ 1991, p. 942-943. De ambtenaren hoefden geen inzage in het Güterrechtsregister te plegen om erachter te komen dat de weduwe niet bevoegd was om over een onroerend goed te beschikken omdat zij in fortgesetzte Gütergemeinschaft met haar kinderen leefde, aldus het BGH. Zo ook Soergel/Lange, Anm. 44 bij § 1365. Zie Palandt/Diederichsen, Randnr. 28 bij § 1365 voor verdere jurisprudentie. In noodgevallen kan de benadeelde echtgenoot door een brief aan het Grundbuchamt alsnog een onderzoek uitlokken en daarmee de overdracht verhinderen. OLG Celle, 23 juni 1970, NJW 1970, p. 1882. Het hier geschrevene geldt ook voor de Grundbuchrichter, die in twijfelgevallen moet toetsen of een gevraagde inschrijving het Grundbuch niet onjuist zou maken, Staudinger-Thiele, § 1365 Rn 113-114.

60 MünchKomm (Gernhuber), Randnr. 83-85 bij § 1365. Voor vormproblemen en hun oplossingen zie Staudinger-Thiele, § 1365 Rn 79; MünchKomm (Gernhuber), Randnr. 12 bij § 1366.

61 NJW 1989, p. 499.

tegen beschermd kan worden door art. 3:86 dan wel 3:88 BW.

Het probleem van de onderzoeksplicht van de medewerkers van het onroerend goed-register treedt in het Nederlandse recht nauwelijks op de voorgrond. Ik vermoed dat dit deels zijn oorzaak heeft in een duidelijker omschrijving van de rechtshandelingen die aan toestemming zijn onderworpen. Bovendien geldt de regeling ongeacht het toepasselijke huwelijksgoederenregime. Eventuele problemen komen in Nederland dan ook op het bord van de notaris terecht, wiens onderzoekstaak in deze duidelijk is. Hij heeft daar ook de mogelijkheden voor.

Is § 1365 BGB DWINGEND RECHT?

De heersende leer neemt aan dat partijen door een Ehevertrag de werking van § 1365, ook partieel, terzijde kunnen schuiven.⁶² Deze mogelijkheid wordt gebaseerd op de vrijheid van echtgenoten om hun huwelijksvermogensrechtelijke relatie te regelen zoals het hen goeddunkt.

Mülke geeft daarentegen zeer valide praktische argumenten waarom juist zou moeten worden aangenomen dat § 1365 dwingend recht is. Mülke baseert zijn opvatting mede op art. 6 GG, waar een bescherming van het gezin wordt gegarandeerd. § 1365 is daar een mooi voorbeeld van omdat daarmee een zekere mate van gelijkwaardigheid tussen ongelijk vermogende echtgenoten kan worden bereikt. Van deze bescherming moet een echtgenoot - wellicht onder druk van de 'rijkere' - geen afstand kunnen doen.

Opvallend is de tegengestelde opvatting van Langenfeld⁶³ die uit de praktijk mededeelt dat het begrip voor het bestaan van deze bepaling in veel gevallen afwezig is, wanneer partijen voor de notaris verschijnen om een grote transactie te verrichten. Hij schetst dat de andere echtgenoot vaak maar met moeite tot het zetten van een handtekening is te bewegen, omdat hij zich op het standpunt stelt dat de handelende echtgenoot over zijn eigen vermogen beschikt en hij daar demonstratief niets mee te maken wil hebben. Dat is wellicht begrijpelijk vanuit de gedachte van de scheiding van goederen, die misschien meer aanleiding geeft tot een mentale scheiding tussen 'mijn' en 'dijn'. Dit staat natuurlijk los van de overweging dat de financiële basis van het huwelijk in het algemeen wordt gevormd door de beide vermogens. Bij wegval van het ene zullen de meeste echtgenoten dat duidelijk merken. Het nut van het voorschrift lijkt mij dan ook evident.

Ik ben het niet eens met Liessem die voorstelt dat § 1365 afgeschaft zou kunnen worden omdat het een hinderpaal in het rechtsverkeer is. Naar mijn mening moet dit belang door een verstandige derdenbeschermingsregeling worden gediend, maar afschaffing van een beperking die de basis van het

62 Palandt/Diederichsen, Randnr. 1 bij § 1365; MünchKomm (Gernhuber), Randnr. 99 bij § 1365; Langenfeld, Handbuch, Randnr. 110-112; Staudinger-Thiele, § 1363 Rn 20-21; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 123-124 twijfelend; anders Mülke, AcP 161 (1962) p. 160 slot.

63 Handbuch, Randnr. 110.

gezin moet garanderen (en dat ook zo goed of kwaad als mogelijk ook bereikt) lijkt mij een overdreven accent op de belangen van het rechtsverkeer ten nadele van het gezin. Deels zal in het Duitse recht de absolute werking van de bepaling debet zijn aan deze gepolariseerde opvattingen.

Zoals reeds in onderdeel 6.3 is uitgewerkt, is omstreden of de verklaring van de echtgenoten dat zij § 1365 buiten werking stellen, inschrijfbaar is. Zoals het BGH benadrukt, zijn die feiten inschrijfbaar, die voor de relatie tussen echtgenoten en derden van belang zijn.⁶⁴ Ik zou daarom inschrijfbaarheid willen bepleiten. Derden zouden dan, althans theoretisch, de mogelijkheid hebben om te verifiëren of § 1365 toepasselijk is.

POSITIE VAN DE DERDE INDIEN (NOG) GEEN TOESTEMMING IS GEGEVEN IN HET KADER VAN § 1365 BGB: 1366 BGB

Een eenzijdige rechtshandeling is zonder meer nietig indien de toestemming niet is verleend, § 1367. Bij meezijdige rechtshandelingen zoals overeenkomsten ontstaat een tussenfase totdat duidelijk is wat de andere echtgenoot zal doen: bekrachtigen of de toestemming weigeren. De rechtshandeling is dan ‘schwebend unwirksam’.⁶⁵ Dit geldt zowel voor obligatoire als voor goederenrechtelijke rechtshandelingen die zonder toestemming zijn verricht. Deze toestand is niet aan een termijn gebonden.⁶⁶ In de tussentijd heeft de derde een bijzondere positie als hij van het feit dat de handelende echtgenoot getrouwd was, niets afwist of wanneer hij ten onrechte te goeder trouw op de mededeling van de handelende echtgenoot was afgegaan, dat de toestemming wel was verleend. Een dergelijke derde te goeder trouw heeft het recht om de rechtshandeling te ‘widerrufen’, annuleren, totdat zij bekrachtigd is. Om aan de onzekerheid een eind te maken heeft de derde ook het recht om aan de handelende echtgenoot te vragen om alsnog binnen twee weken een beslissing van de andere echtgenoot uit te lokken. De niet-handelende echtgenoot moet zich dan jegens de wederpartij uiten omtrent de toestemmingverlening of de weigering om toestemming te geven. Spreekt hij zich niet uit binnen de termijn dan geldt zij als geweigerd. Wat de andere echtgenoot verklaart aan de handelende echtgenoot wordt hierbij buiten beschouwing gelaten, aldus § 1366.⁶⁷

De ‘aardigheid’ voor de echtgenoten hierin ligt in het feit, dat de derde niet

64 BGH 14 april 1976, NJW 1976, p. 1258; FamRZ 1976, p. 443; BGHZ 66, p. 203. BGH 28 februari 1964, BGHZ 41, p. 370 met een historisch overzicht van de opvattingen op dit terrein.

65 Dit is vergelijkbaar met de situatie van § 108, ten aanzien van rechtshandelingen aangegaan door minderjarigen. Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 157; BayObLG 5 april 1972, NJW 1972, p. 1470. BGH 30 maart 1994, BGHZ 125, p. 355; DNotZ 1995, p. 148; FamRZ 1994, p. 819. In dit arrest werkt het BGH ook uit dat indien de echtgenoot, die de toestemming heeft geweigerd, vervolgens overlijdt, men niet kan zeggen dat daarmee alsnog de rechtshandeling geldig wordt, hoewel dan de bescherming van die echtgenoot niet meer aan de orde is.

66 Staudinger-Thiele, § 1366 Rn 12.

67 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 130; Henrich, Familienrecht, p. 101; Staudinger-Thiele, § 1366 Rn 28 e.v.

de toestemming aan de andere echtgenoot direct moet vragen, maar dat dit via de handelende dient te geschieden. Beitzke/Lüderitz⁶⁸ noemen met praktisch inzicht de mogelijkheid om onder de overeenkomst uit te komen, doordat de handelende echtgenoot de ander aanraadt om maar niet toe te stemmen. Dan is ook hij verlost, vergelijkbaar met de Nederlandse mogelijkheid bij art. 1:88 jo 1:89 BW om één front tegen de derde te vormen. Alleen ontbreekt de ontsnappingsroute van de Widerruf voor de derde te goeder trouw in het Nederlandse recht.

De andere echtgenoot kan besluiten om de toestemming te weigeren. Daarmee is de rechtshandeling definitief nietig en kan door latere herroeping van de weigering niet meer geldig worden.⁶⁹

Heeft de echtgenoot reeds zonder toestemming over een goed beschikt, dan is dat een nietige rechtshandeling die volgens de regels van de ongerechtvaardigde verrijking een teruggave-verplichting van het goed tot gevolg heeft, § 812 BGB.⁷⁰ De echtgenoot kan zijn zaken ook revindiceren, zonder dat de derde enig verweer daartegen kan inbrengen. § 817, dat een regeling voor de teruglevering bevat, geldt dan niet.⁷¹ De rechtsvorderingen die uit de nietigheid voortvloeien kunnen door beide echtgenoten tegen de derde worden ingesteld, § 1368.⁷²

UITLOKKEN VAN VERVANGENDE TOESTEMMING DOOR HET VORMUNDSCHAFTSGERICHT

Een andere vraag is of een derde invloed kan uitoefenen op de echtgenoot om een rechterlijke beslissing uit te lokken ter vervanging van de vereiste toestemming van de andere echtgenoot. Dit verzoek mag alleen door de handelende echtgenoot worden ingediend, niet door de wederpartij.⁷³ Tiedtke⁷⁴ is erg in dubio of een rechter op een vordering zal ingaan om de echtgenoot te veroordelen om een verzoek ter verkrijging van vervangende toestemming in te dienen. Tiedtke meent dat de vrede in de familie moet prevaleren boven het belang van de derde om een ongestoorde uitvoering van de overeenkomst te verkrijgen. In beginsel moet het aan de echtgenoten zelf worden overgelaten om over de vervreemding van hun goederen te oordelen. Ik vraag mij alleen af of dit in deze omstandigheden niet tot chicanes kan leiden.⁷⁵

68 Familienrecht, p. 130.

69 BGH 30 maart 1994, FamRZ 1994, p. 819; BGHZ 125, p. 355.

70 Zowel tussen de derde en de echtgenoten als tussen de echtgenoten onderling geldt deze verplichting. Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 130. Zie daar ook voor eventuele verdere acties om de Zugewinnausgleich veilig te stellen.

71 Zie Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 130-131 voor verdere gevolgen, bijvoorbeeld schadevergoeding van de andere echtgenoot voor gederfd genot.

72 Firsching/Graba, Randnr. 188-190; Staudinger-Thiele, § 1365 Rn 9-11. Het betreft vorderingen op grond van mede-eigendom of medebezit aan de vervreemde zaak.

73 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 129.

74 FamRZ 1975, p. 68.

75 Ook in het Nederlandse recht is dit omstreden, zie het begin van hoofdstuk 14.

Het Vormundschaftsgericht voert bij een procedure omtrent vervangende toestemming een toets uit ten aanzien van de verhindering van de echtgenoot en de belangen van het gezin die door de uitvoering van de overeenkomst worden geraakt. Daarbij is relevant of de onderhavige rechtshandeling past in een goed bestuur.⁷⁶ Indien een echtgenoot moedwillig weigert om deze toets toe te laten, schaadt hij daarmee in ernstige mate de uitvoering van de overeenkomst waarin hijzelf tenslotte al heeft toegestemd. Via een truc kan hij dan, gebruik makend van zijn status als gehuwde, alsnog hieronder uitkomen. Deze kwalijke gang van zaken is vergelijkbaar met de beïnvloeding van de andere echtgenoot om de toestemming maar niet te verlenen.

Gernhuber⁷⁷ meent dat de handelende echtgenoot zich bij overeenkomst kan verplichten om zo nodig een verzoek tot verlening van de vervangende toestemming in te dienen. Op die wijze zou daardoor de derde in staat zijn om alsnog de gewenste rechterlijke toetsing af te dwingen. Indien zo'n overeenkomst niet is gesloten dan staat het de echtgenoot vrij om zulk een verzoek al dan niet in te dienen.

§ 1365 WERKT ALLEEN BIJ ZUGEWINNGEMEINSCHAFT

Alleen bij Gütertrennung kent de wet niet een vergelijkbare regeling als § 1365. Daar mogen echtgenoten vrij beschikken over hun eigen goederen zonder dat ergens toestemming van de andere echtgenoot bij noodzakelijk is. Voor echtgenoten die Gütergemeinschaft met Einzelverwaltung hebben, geldt § 1423, dat een vergelijkbare inhoud heeft. Voor de overige echtgenoten met Gütergemeinschaft is geen toestemmingseis nodig omdat zij gezamenlijk bestuur hebben.

EEN KORTE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKING

Is het een goede zaak dat echtgenoten bij erg belangrijke transacties niet zonder toestemming van de andere echtgenoot kunnen handelen, of is enige bescherming gewenst? Net als in Nederland lijkt mij deze vraag een positief antwoord te verdienen. Hoe men de transacties definieert waar toestemming voor nodig is, laat ik nog even rusten, maar het feit dat echtgenoten in Gütertrennung wel samenwonen maar financieel geen enkele verplichting jegens elkaar hebben voorzover zij handelen met eigen goederen, lijkt mij geen goed idee. Slechts de goede trouw tussen echtgenoten is een rem. Juist wanneer het huwelijk niet (meer) goed werkt, lijkt mij dit gevaarlijk als een van de echtgenoten financieel en geestelijk minder sterk is dan de andere.

Langenfeld relateert deze kijk op de Gütertrennung. Het zal in een con-

76 Staudinger-Thiele, § 1366 Rn 18; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 157, wijst erop dat het Vormundschaftsgericht bij de toets ook rekening zal houden met familie-interne aspecten (Familienfrieden) en niet alleen zal letten op de economische gevolgen. Zie ook BayObLG 26 juli 1989, FamRZ 1990, p. 411; NJW-RR 1990, p. 5, waar het ging om de relatie tot een van de zonen die feitelijk de mogelijkheid tot het wonen in een bepaalde woning zou worden ontnomen.

77 MünchKomm Randnr. 24 bij § 1366.

text van een bedrijfsuitoefening vaker voorkomen dat echtgenoten Gütertrennung overeenkomen. Ter voorkoming van risico's worden juist de waardevolle vermogensbestanddelen van de bedrijfsvoerende partner op naam van de ander gezet, waardoor deze ogenschijnlijk economisch zwakkere partij met minder inkomsten, in wezen de touwtjes in handen heeft omdat zij bestuursbevoegd is over de belangrijke vermogensbestanddelen.⁷⁸ De andere partner zou, mocht deze echtgenoot misbruik maken van zijn positie, altijd nog in staat zijn om het verlies weer goed te maken door de inkomsten uit de bedrijfsvoering.

13.1.2 § 1369 BGB: beschikken over 'Haushaltsgegenstände'

Vergelijkbaar met de beperking van § 1365 betreffende het aangaan van obligatoire overeenkomsten met betrekking tot het gehele vermogen, beperkt § 1369 zowel de verplichting alsook de beschikking⁷⁹ over 'Haushaltsgegenstände' die aan de handelende echtgenoot toebehoren. Gernhuber wijst op deze discrepantie in de tekst, maar in de praktijk heeft deze geen betekenis, zoals reeds bij de behandeling van § 1365 in onderdeel 13.1.1 aan de orde kwam.⁸⁰ Men neemt immers aan dat de toestemming voor de obligatoire handeling de toestemming tot de uitvoering ervan omvat.

Strikt genomen zou de toestemming alleen bij de vervreemding van *eigen* inboedelgoederen gegeven hoeven worden, aldus de tekst van § 1369. Op grond van de ratio (bescherming van de huisraad als basis van het dagelijks leven van de echtgenoten waardoor minder de nadruk ligt op bescherming van de Zugewinnausgleich)⁸¹ wordt door vele schrijvers aangenomen dat de toestemming ook moet worden gegeven bij huishoudelijke goederen die (mede) aan de andere echtgenoot toebehoren en waarvan een derde eventueel door werking van derdenbeschermingsmaatregelen eigenaar zou kunnen worden. Analoge toepassing ligt volgens hen dan voor de hand.⁸²

Vaak zal al op andere grond de *medewerking* van de andere echtgenoot zijn vereist. In de regel zijn beide echtgenoten Mitbesitzer van deze goederen. Verkrijging te goeder trouw door een derde is dan niet mogelijk tegen de wil van de andere echtgenoot, omdat dan de bescherming van de derde wordt doorkruist door § 935 (geen bescherming bij goederen die zijn 'abhanden gekomen').⁸³ Het verschil tussen § 1369 en § 935 bestaat onder andere

78 Langenfeld, Handbuch, Randnr. 410.

79 Hieronder valt ook een eigendomsoverdracht tot zekerheid, BayObLG 2 februari 1960, NJW 1960, p. 1205.

80 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 505.

81 BayObLG 2 februari 1960, NJW 1960, p. 1205; BayObLG 3 maart 1980, FamRZ 1980, p. 571; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 127; MünchKomm (Gernhuber), Randnr. 1 bij § 1369.

82 Staudinger-Thiele, § 1369 Rn 34 met verdere verwijzingen, maar Thiele zelf is het daar niet mee eens, zie Rn 35-36.

83 Massfeller/Böhmer/Coester, I.II BGB § 1370, p. 161; Staudinger-Thiele, § 1369 Rn 37.

daarin dat bij een blokkering van de eigendomsverkrijging door § 935 niet automatisch ook de onderliggende rechtsverhouding nietig is, zoals dat bij § 1369 wel het geval is, zie § 1366 lid 4. Een schadevergoedingsactie wegens wanprestatie zou dan nog wel tot de mogelijkheden behoren. De derde kan bij toepassing van § 935 nog wel bezitter worden; alleen de verkrijging van de volle eigendom is geblokkeerd.

Treedt daarentegen § 1369 in werking dan is de hele transactie nietig en blijft ook geen verbintenis tot levering over. Het bestaan van beide regelingen naast elkaar is overigens beperkt tot echtgenoten die in Zugewinnngemeinschaft zijn gehuwd. Voor alle andere echtgenoten geldt § 1369 niet, aldus de heersende leer.⁸⁴ Daarbij komt dat, zoals later nog zal worden uitgewerkt, § 1369 geen absoluut karakter heeft; § 935 geldt daarentegen altijd; ongeacht het geldende regime.

WAT ZIJN 'HAUSRATSGEGENSTÄNDE' IN DE ZIN VAN § 1369 BGB?

Het betreft alle roerende zaken (inclusief huisdieren) die het gemeenschappelijk privé-leven van de echtgenoten dienen inclusief de vrijetijdsbesteding, ook als zij in overvloed voorhanden zijn of als zij zijn bestemd om te worden verbruikt, bijvoorbeeld levens- en genotmiddelen.⁸⁵ Daaronder worden ook de radio, het tv-toestel, linnengoed en meubilair begrepen. Ook de auto en kunstvoorwerpen vallen eronder, mits zij passen bij de levensstandaard van de echtgenoten.⁸⁶ Erbuiten vallen persoonlijke goederen van de echtgenoten, goederen die voor het werk zijn bestemd, en goederen die ter belegging dienen.⁸⁷ Omstreden is of onder 'Gegenstände' volgens § 90 ook vorderingen vallen.⁸⁸ Anwartschaftsrechte (eigendom in wording, zie onderdeel 4.1) op huishoudelijke goederen worden wel onder de bevoegdheidsbeperking begrepen.⁸⁹ Dit speelt bijvoorbeeld bij verkrijging van een huishoudelijke zaak onder eigendomsvoorbehoud.

Ingewikkeld wordt het indien goederen een gemengde bestemming hebben, bijvoorbeeld een auto die zowel privé als voor het werk wordt gebruikt. Men moet dan vaststellen voor welk doel de zaak voornamelijk wordt gebruikt en

84 Smid, FamRZ 1991, p. 512-515.

85 MünchKomm (Gernhuber), Randnr. 6 bij § 1369; Staudinger-Thiele, § 1369 Rn 12 e.v.; Giesen, Familienrecht, Rz 287.

86 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 127; Staudinger-Thiele, § 1369 Rn 16. Het is niet van belang of de levensstandaard past bij de financiële mogelijkheden van het gezin.

87 Zie ook BGB-RGRK-Finke Anm. 7 bij § 1369 en Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 524 voor verdere uitwerkingen van dit begrip.

88 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 127 is voor; Staudinger-Thiele, § 1369 Rn 19 is tegen directe toepassing. Eventueel zou analoge toepassing in aanmerking komen. MünchKomm (Gernhuber), Randnr. 9-10 bij § 1369 is ook hier tegen.

89 Staudinger-Thiele, § 1369 Rn 21.

daarvan hangt dus af of toestemming van de andere echtgenoot voor de vervreemding en bezwaring ervan is vereist.⁹⁰

GEVOLGEN VAN EEN § 1369-TRANSACTION

De technische uitwerking van § 1369 is gelijk aan die van § 1365: zonder toestemming van de andere echtgenoot kan men zich niet verplichten om over dergelijke inboedelgoederen te beschikken, en ook beschikkingsdaden zelf zijn zonder toestemming niet mogelijk, als zij in de obligatoire fase niet is gegeven. Deze rechtshandelingen zijn nietig. Een overeenkomst met betrekking tot een dergelijk goed is 'schwebend unwirksam'.

BESCHERMING VAN DE DERDE TE GOEDER TROUW?

Bij de vervreemdingsbeperking bij de huisraad kunnen een aantal specifieke problemen optreden die hierna zullen worden besproken.

Het kan natuurlijk voorkomen dat de derde niet weet dat een transactie goederen uit het huishouden van een echtgenoot betreft. In zo'n geval geldt § 1369 onverkort.⁹¹ Denkt hij dat de echtgenoot wél rechthebbende is, dan zou het een § 1369-transactie zijn en dus aan toestemming gebonden zijn. Ook als de derde ten onrechte aannam dat hij met een ongehuwde wederpartij te maken had, wordt hij niet beschermd.

TOEPASSELIJKHEID VAN § 1369 BIJ GESCHIEDEN WONENDE ECHTGENOTEN?

Betwist is of § 1369 nog geldt als de echtgenoten gescheiden leven. In dit geval is niet meer voldaan aan alle vereisten van de bepaling.⁹² Anderzijds speelt een rol dat juist in die situatie de echtgenoten extra bescherming behoeven tegen moedwillige ingrepen in de huishoudelijke sfeer.⁹³ De heersende leer neemt aan dat § 1369 ook geldt als de echtgenoten nog niet, dan wel niet meer samenwonen.⁹⁴

Als voorbeeld moge dienen een uitspraak van het Bayrische Oberlandesgericht waar de aanspraak op teruggave van meubilair op grond van § 8 lid 1 HausrVO in gevaar kwam. De rechter achtte dit een inbreuk op een rechtvaardige verdeling van de goederen, omdat de echtgenoot die in plaats van een deel van de meubels alleen een geldbedrag zou ontvangen, in een nadeliger positie zou geraken. Het is natuurlijk veel duurder om meubilair nieuw dan wel gebruikt aan te schaffen dan een deel van het reeds gebruikte meubilair

90 OLG Düsseldorf 31 januari 1992, FamRZ 1992, p. 1445: alleen als bij strijdende belangen het goed, i.c. een auto, bij voorrang privé wordt gebruikt (dit betrof een uitspraak over de Hausratsverordnung die de verdeling van de huisraad bij scheiding regelt, maar het begrip huisraad wordt wel overeenkomstig ingevuld); anders BGB-RGRK-Finke § 1369 Rn 7.

91 Staudinger-Thiele, § 1369 Rn 34 met verdere verwijzingen.

92 Henrich, Familienrecht, p. 101.

93 Zo ook het reeds genoemde BayObLG 2 februari 1960, NJW 1960, p. 1205.

94 Palandt/Diederichsen, Randnr. 2 bij § 1369 met een beroep op OLG Koblenz 18 maart 1991, NJW 1991, p. 3224, FamRZ 1991, p. 1302; Staudinger-Thiele, § 1369 Rn 30 met verdere verwijzingen; Giesen, Familienrecht, Rz 288.

over te nemen.⁹⁵ Een soortgelijke uitspraak heeft het OLG Koblenz gegeven.⁹⁶ Dit hof nam aan dat de verdeling van de huishoudelijke goederen met minder problemen zou kunnen plaatsvinden als daarvoor niet al onderdelen tegen de wil van de andere echtgenoot vervreemd zouden kunnen worden.

Gernhuber⁹⁷ is tegen deze opvatting gekant. Hij vindt het onzin dat men door deze redenering de terugkeer van de echtgenoten in een gemeenschappelijk huishouden meent te bevorderen. Hij spreekt van opgedrongen bezit aan dingen die men niet meer wil bezitten. De werking van de bepaling moet in zijn ogen dan ook beperkt worden tot daadwerkelijk bij elkaar wonende echtgenoten, omdat dit anders de spanningen eerder zou verergeren. Dit is ook te verenigen met de opvatting dat echtgenoten vrij kunnen beschikken over goederen die ze na de feitelijke scheiding hebben verkregen.

Lüderitz⁹⁸ voert daartegen aan dat in de praktijk de Zugewinnausgleich een belangrijke rol speelt. Daarbij zou het passen om § 1369 ook bij gescheiden wonende echtgenoten toe te passen, maar de werking te beperken tot die goederen die op het moment van de scheiding tot de gemeenschappelijke huisraad behoorden.⁹⁹

Dit laatste lijkt mij een gerechtvaardigd compromis tussen de autonomie van de echtgenoten en de belangen van de zwakkere partij. Het is een goede overgangsregeling totdat met toepassing van § 1361a een feitelijke scheiding van de huishoudelijke goederen is bereikt. Deze bepaling geeft als regel dat elk de echtgenoten aanspraak heeft op afgifte van de eigen inboedelgoederen. Maar indien de ander een goed nodig heeft voor de huishouding, dan kan de billijkheid meebrengen dat de eigenaar het goed aan de ander moet overlaten. Bij gemeenschappelijke goederen vindt een verdeling naar billijkheid plaats. § 1361a heeft geen consequenties voor de eigendomsverhoudingen, aldus lid 4. Als de feitelijke verdeling heeft plaatsgevonden, geldt § 1369 niet meer. Dan is de beschermingsbehoefte ook niet meer aanwezig.

IS § 1369 DWINGEND RECHT?

De heersende leer neemt aan dat deze bepaling in een Ehevertrag kan worden opgeheven, waarbij het ook mogelijk is deze opheffing slechts voor een van de echtgenoten overeen te komen.¹⁰⁰ De verandering zal meestal samenhangen met een afwijking van de wettelijke regeling van § 1365, maar men kan ook slechts van een van de twee regelingen modificeren. Het staat de echt-

95 BayObLG 3 maart 1980, FamRZ 1980, p. 571-573; nog duidelijker met betrekking tot de aanspraken van de andere echtgenoot op delen van de inboedel: BayObLG 8 juli 1980, FamRZ 1980, p. 1001-1002. In casu ging het om de vraag of er vervangende rechterlijke toestemming moest worden gegeven.

96 OLG Koblenz 18 maart 1991, NJW 1991, p. 3224.

97 MünchKomm, Randnr. 23 bij § 1369 en Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 524.

98 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 127.

99 Deze laatste beperking brengt Thiele ook aan. Staudinger-Thiele, § 1369 Rn 31.

100 Staudinger-Thiele, § 1363 Rn 20 en § 1369 Rn 75 met een beroep op de wetsgeschiedenis; Langenfeld, DNotZ 1985, Sonderheft, p. 170

genoten vrij om ook ten aanzien van slechts een bepaald goed een voorziening te treffen. Uitbreiding van de bestuursbeperkingen is niet mogelijk omdat men zich niet kan vastleggen op een inperking van de bevoegdheid om obligatoire overeenkomsten aan te gaan met betrekking tot deze goederen of over goederen te beschikken, § 137.¹⁰¹

BEPERKING VAN DE WERKING VAN § 1369 TOT DE ZUGEWINNGEMEINSCHAFT
Het valt op dat § 1369 niet, zoals de corresponderende Nederlandse bepaling art. 1:88, voor alle huwelijken geldt, onafhankelijk van het huwelijksvermogensregime. In elk huwelijk is tenslotte de financiële en feitelijke basis, die meestal voor een groot deel uit de inboedel bestaat (vooral omdat velen geen eigenaar zijn van een onroerend goed), van groot belang en wordt extra bescherming tegen eenzijdige ingrepen door een der echtgenoten gewenst. In de regel wordt alleen de meervoudige ratio van deze bepaling - enerzijds de bescherming van de financiële basis van het gezin; daarnaast minder belangrijk maar wel relevant de verzekering van de Zugewinnausgleich - besproken, maar laat men de vraag of het niet meer voor de hand ligt om deze bescherming in alle huwelijken toe te passen, verder onbesproken.¹⁰² Smid¹⁰³ is van mening dat weliswaar op grond van de plaatsing van de bepaling in de titel over de Zugewinnngemeinschaft door wetsuitleg moet worden vastgesteld dat § 1369 alleen voor huwelijken onder Zugewinnngemeinschaft moet gelden. Maar dit zou eigenlijk niet juist zijn. Het argument dat daardoor de Zugewinnausgleich wordt veiliggesteld, is inderdaad niet sterk. Smids gedachtegang komt meer overeen met de Nederlandse traditie. Bij hem staat de ratio, de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de echtgenoten, voorop. Beperking van de werkingsomvang tot een bepaald huwelijksgoederenstelsel is dan ook niet goed te verdedigen. Beitzke/Lüderitz oppert deze gedachte ook, maar werkt hem niet verder uit.¹⁰⁴

13.2 Toestemmingsvereisten bij Gütergemeinschaft: alleen bij echtparen met Einzelverwaltung

Ook aan het regime van de Gütergemeinschaft zijn een aantal specifieke bevoegdheidsbeperkingen verbonden indien echtgenoten hebben gekozen voor Einzelverwaltung door een van hen. Voor het overige is de echtgenoot-Verwalter vrij om zonder medewerking of toestemming rechtshandelingen met betrekking tot de gemeenschap te verrichten. Aangezien bepaalde trans-

101 Staudinger-Thiele, § 1363 Rn 20-21.

102 Zie MünchKomm (Gernhuber), Randnr. 1-4 bij § 1369. Zie daar ook verdere verwijzingen naar literatuur.

103 Smid, FamRZ 1991, p. 512-515.

104 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 127.

acties van erg grote betekenis voor de echtgenoten zijn heeft de Duitse wetgever voor een aantal rechtshandelingen deze vergaande vrijheid van de Verwalter beperkt. Voor het geval dat partijen gemeenschappelijk bestuur hebben, zijn deze beperkingen niet nodig, omdat zij al uit de aard van hun Verwaltung deze rechtshandelingen tezamen moeten verrichten.

13.2.1 § 1423: Geschäfte über das Gesamtgut im ganzen

De toestemming moet in beginsel worden gegeven voor het Verpflichtungsgeschäft,¹⁰⁵ dus in de obligatoire fase. Eenmaal verleende toestemming dekt dan ook de daarop volgende goederenrechtelijke fase. Is de toestemming ten tijde van de obligatoire overeenkomst niet gegeven, dan moet zij alsnog voor de goederenrechtelijke afwikkeling worden verleend.¹⁰⁶

De inhoud van 'Gesamtgut' stemt in deze bepaling overeen met de omschrijving in § 1365 BGB, die voor de Zugewinnngemeinschaft geldt. De toestemmingverlening kan ook op dezelfde wijze plaatsvinden. Ook de eis dat het om een daadwerkelijk beschikken over de goederen moet gaan, is overgenomen. Als men een grote lening wil aangaan, die op de gemeenschap kan worden verhaald, dan kan dat worden geregeld zonder toestemming van de andere echtgenoot. Daaruit moge al blijken dat het, net zo min als § 1365, een waterdichte bepaling is.¹⁰⁷

In bijzondere gevallen zal ook om andere redenen de werking van § 1423 worden ondermijnd. Het is mogelijk om het Vorbehaltsgut vrij groot te maken in verhouding tot de gemeenschap, zie onderdeel 6.1.1. Op die wijze ontstaat een soort beperkte gemeenschap, waarop dan wel alle bepalingen aangaande de wettelijke gemeenschap van toepassing zijn. Via deze constructie wordt natuurlijk de betekenis van het gemeenschappelijk vermogen kleiner. Is het zo extreem dat de grote vermogensbestanddelen privé zijn, dan heeft de bescherming van § 1423 in wezen geen functie meer. In het vervolg zal ik deze variant laten rusten en uitgaan van de normale situatie dat de gemeenschap een substantieel deel van het vermogen van beide echtgenoten omvat.

POSITIE VAN DERDEN TE GOEDER TROUW

Net als bij de andere bevoegdheidsbeperkingen wordt in de literatuur gediscussieerd over de positie van derden te goeder trouw. De heersende leer neemt aan dat de beschermingsregels uit het algemene vermogensrecht, § 892 e.v. voor roerende zaken, en § 932 e.v. voor registergoederen, gaan boven de

105 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 2 bij § 1423; Palandt/Diederichsen, Randnr. 1 bij § 1423; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 157.

106 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 3 bij § 1423 en Randnr. 2 bij § 1424. Voor overeenkomsten die vóór het ontstaan van de goederengemeenschap waren gesloten, geldt dit vereiste niet.

107 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 2 bij § 1423.

huwelijksgoederenrechtelijke registerbescherming van § 1412. Dat zou betekenen dat derden, die geen kennis hebben van het feit, dat het een transactie betreft die toestemming van de andere echtgenoot behoeft, worden beschermd als aan de vereisten van de reeds genoemde algemene beschermingsmaatregelen is voldaan. Daaraan kan alleen kwade trouw (Bösgläubigkeit) in de weg staan. Ook als het regime van echtgenoten in het huwelijksgoederenregister is ingeschreven, dan leidt dit, aldus de heersende leer, alleen tot ‘fahrlässige Unkenntnis’, en die staat aan de bescherming niet in de weg.¹⁰⁸

Daartegen is er ook een aantal schrijvers¹⁰⁹ dat uit het feit, dat nergens een in de wet staat dat inschrijvingen in het Güterrechtsregister de bescherming van de algemene bepalingen doorbreken, afleiden dat deze echtgenotenbescherming geldt. Zij wijzen erop dat de bedoeling van de wet - bescherming van echtgenoten - pas door een extensieve interpretatie van § 1412 kan worden verwezenlijkt. Anders zou een echtgenoot-niet eigenaar beter worden beschermd dan een echtgenoot-mede-eigenaar die toevallig niet Verwalter is. De bevoegdheidsbeperkingen van § 1365 en 1369 werken immers absoluut, zie onderdeel 13.1.

DE SITUATIE ALS GEEN TOESTEMMING IS VERLEEND

Als de toestemming niet is gegeven hoewel deze wel was vereist, dan regelt § 1427 de rechtsgevolgen, waarbij deze bepaling naar § 1366 leden 1, 3 en 4 verwijst, alsmede naar § 1367, de bepalingen die gelden voor de toestemming bij echtgenoten die in de Zugewinnngemeinschaft zijn gehuwd. Zie voor de behandeling van deze bepalingen onderdeel 13.1.1.

De aantastbaarheid van de obligatoire overeenkomst is hier bijzonder belangrijk omdat in het geval dat de obligatoire verplichting overeind zou blijven, deze ook op het Gesamtgut zou kunnen worden verhaald, § 1437. Zonder nietigheid hiervan is derhalve geen effectieve bescherming mogelijk.¹¹⁰

Voor bijzondere gevallen heeft de wetgever wel clementie met een derde. § 1434 bepaalt dat indien een echtgenoot zonder toestemming van de andere een rechtshandeling verricht waardoor de gemeenschap gebaat is, deze bevoordeling via de weg van de ongerechtvaardigde verrijking weer ongedaan moet worden gemaakt. Deze bepaling speelt ten aanzien van de bijzondere bevoegdheidsbeperkingen alleen een rol indien de Verwalter zonder de vereiste toestemming van de andere echtgenoot handelt.¹¹¹

IS § 1423 DWINGEND RECHT?

Echtgenoten kunnen volgens de heersende leer in huwelijksvoorwaarden de

108 Staudinger-Thiele, § 1412 Rn 10, 39 en 47, met verwijzingen naar andere auteurs.

109 Zie de auteurs genoemd bij Staudinger-Thiele, § 1412 Rn 48.

110 Staudinger-Thiele, § 1424 Rn 2; MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 2 bij § 1424.

111 Staudinger-Thiele, § 1434 Rn 2 e.v. over de werking van deze bepaling.

werking van § 1423 uitsluiten.¹¹² De afspraak kan ook in het Güterrechtsregister worden ingeschreven.¹¹³ Deze partijautonomie wordt begrensd door § 1425, dat elke schenking die de Verwalter doet ten aanzien van onderdelen van het gemeenschappelijk vermogen aan de toestemming van de niet-verwaltende echtgenoot koppelt (zie de bespreking hiervan in onderdeel 13.2.3), maar ook door de plicht die uit § 1353 wordt afgeleid, om de financiële basis van het gezin niet te ruïneren,¹¹⁴ en § 138, de nietigheid van onzedelijke rechtshandelingen.¹¹⁵ Ik vraag mij af of dit voldoende zekerheid biedt tegen risicovolle transacties om baat die bij onfortuinlijke afloop ook de basis van het gezin ernstig kunnen aantasten. De mogelijkheid van afwijking lijkt mij derhalve geen goede ontwikkeling, zie ook het eind van onderdeel 13.1.1, waar ik mij uitspreek voor dwingende werking van § 1365. Hierbij speelt ook een rol dat niet snel wordt aangenomen dat er sprake is van een onzedelijke handeling. Het is in ieder geval duidelijk dat ook in gevallen waar de echtgenoot-niet Verwalter geen omvangrijk eigen vermogen in het Vorbehaltsgut heeft, de afwijking van § 1423 wordt geaccepteerd. Er moeten dan nog bijkomende omstandigheden zijn, om van een onzedelijke rechtshandeling in de zin van § 138 te kunnen spreken.¹¹⁶ De partijautonomie staat hier hoog in het vaandel.

Waarschijnlijk is dit allemaal minder interessant voor de praktijk, want welke echtgenoot zal geneigd zijn om zulk een beding in de Ehevertrag op te laten nemen, zoals Kanzleiter terecht opmerkt?¹¹⁷ Dit mag dan wel een gelukkige ontwikkeling zijn, maar het lijkt mij beter om de mogelijkheid om de werking van § 1423 uit te sluiten, geheel te laten vervallen. Dit doet het beste recht aan de beoogde bescherming. Het kan voorkomen dat het beding van afstand van de rechten uit § 1423 in gunstiger tijden binnen het huwelijk in goed vertrouwen is getekend, maar de relevantie van beschermingsregelingen blijkt pas als het niet meer zo rooskleurig is en dan kan een echtgenoot niet meer eenvoudig onder de afstand uit, omdat deze in een overeenkomst van huwelijksvoorwaarden is neergelegd.

13.2.2 § 1424: Geschäfte über Grundstück, Schiff oder Schiffsbauwerk

De toestemmingseis voor deze categorie van transacties ligt deels in het verlengde van § 1423, omdat onroerende goederen in het algemeen, zo zij niet al onder de noemer Gesamtvermögensgeschäft kunnen worden gebracht, in de meeste gevallen een deel van de financiële basis van een gezin zullen

112 Staudinger-Thiele, § 1423 Rn 13 met verdere verwijzingen.

113 BGH 14 april 1976, BGHZ 66, p. 203; NJW 1976, p. 1258, m.nt. Gottschalg op p. 1741-1742.

114 Firsching/Graba, Randnr. 167.

115 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 6 bij § 1423.

116 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 6 bij § 1423.

117 MünchKomm Randnr. 6 bij § 1423.

uitmaken. Hierbij zij herinnerd aan hetgeen in onderdeel 6.1 was opgemerkt, dat namelijk de Gütergemeinschaft voornamelijk in agrarische streken wordt gebruikt. Daar is het onroerend goed dat vaak (een deel van) de financiële basis van het gezin uitmaakt, nog belangrijker dan voor een gezin dat een huis in de stad makkelijker kan verruilen voor een ander huis. Het gaat niet alleen om de vaak aanzienlijke waarde van het onroerend goed maar ook om het feit dat het bij een specifieke levensinvulling hoort. Daarom is in deze bepaling nog een extra controlemogelijkheid voor de andere echtgenoot gegeven, naast de eerder besproken toestemmingseis bij Gesamtvermögensgeschäfte, indien het onroerend goed deel uitmaakt van het Gesamtgut.¹¹⁸

Net als bij § 1423 is de toestemming bij deze rechtshandelingen zowel in de obligatoire alsook in de goederenrechtelijke fase vereist.

De positie van de derde is dus in de regel afhankelijk van de toestemming van de andere echtgenoot, wiens wil geheel vrij is. Het is niet mogelijk dat de handelende echtgenoot voor het geven van de toestemming instaat. Het is ook ongeoorloofd om de echtgenoot met een boeteclausule tot het geven van toestemming te bewegen, doordat eventueel verschuldigde boetes op de gemeenschap kunnen worden verhaald.

Thiele¹¹⁹ geeft dit wel als mogelijkheid dat de handelende echtgenoot ervoor zorgt dat de boetes niet op het Gesamtgut verhaalbaar zijn, dus alleen op zijn privé-goederen verhaalbaar zijn. Ik vraag mij af of dit een verstandige opening is. Ook het privé-vermogen van de echtgenoten is een deel van de gemeenschappelijke financiële basis van de echtgenoten. Derhalve zal de andere echtgenoot waarschijnlijk indirect wel met de gevolgen van deze handelwijze worden geconfronteerd. Het zal dan in de regel wel om kleinere transacties dan bij een Gesamtvermögensgeschäft gaan, maar ook die bescherming is niet gegeven, omdat § 1423 alleen geldt voor beschikkingen over het Gesamtgut. Mochten echtgenoten weinig goederen in dat vermogen hebben en veel erbuiten hebben gehouden, dan zou via de net genoemde omweg ook deze beschermingsbepaling weinig om het lijf hebben.

DE ROL VAN HET GRUNDBUCH EN DE ONDERZOEKSP LICHT VAN GRUNDBUCH-AMBTENAREN

In beginsel is de beschikkingsbevoegdheid met betrekking tot deze soorten registergoederen en de daarmee samenhangende toestemmingseisen duidelijk kenbaar uit het desbetreffende register. Indien de eigendomsverhoudingen correct zijn ingeschreven, dan zijn deze openbaar en is de derde daaraan gebonden, § 1422 voor huwelijksvermogensrechtelijke inschrijvingen, § 892 voor het Grundbuch.¹²⁰

118 Zie Staudinger-Thiele, § 1424 Rn 6 met verdere verwijzingen naar rechtspraak.

119 Staudinger-Thiele, § 1424 Rn 17.

120 De verkrijging van registerschepen laat ik buiten beschouwing omdat de daar geldende regels te specifiek zijn om uitputtend in dit onderzoek te worden behandeld.

Men gaat ervan uit dat de Grundbuchbeamte altijd moet vragen naar een bewijs van de verlening van de toestemming van de andere echtgenoot, art. 19 j° 29 GBO. Dit is anders dan bij de Gesamtvermögensgeschäfte omdat in dat geval meer feiten bekend moeten zijn alvorens duidelijk is dat men met een transactie te maken heeft, waarvoor toestemming is vereist. Bij de onderhavige rechtshandelingen is met de kennis die in de registers is gepubliceerd, al direct duidelijk dat het een § 1424-transactie betreft. Problemen kunnen optreden, als door de boedelmenging van § 1416 beide echtgenoten mede-eigenaar zijn geworden van een van deze goederen maar de inschrijving nog niet aan de nieuwe situatie is aangepast. Daardoor is in dat geval uit het register niet kenbaar dat het een echtgenoot betreft, die in de gemeenschap van goederen is gehuwd waardoor ineens § 1424 is gaan gelden. Door de sterke werking van het register in het Duitse recht mag de derde van de inhoud van het Grundbuch uitgaan. Hij wordt door § 892 BGB beschermd.¹²¹ Mochten de ambtenaren zelf deze discrepantie opmerken dan zijn zij verplicht om eerst het goed op naam van beide echtgenoten te zetten, waardoor het register weer up-to-date is, en daarna pas de overdracht te doen plaatsvinden nadat de vereiste toestemming is verleend.¹²²

Is § 1424 BGB DWINGEND RECHT?

Ook de werking van § 1424 BGB kan volgens de heersende leer in een Ehevertrag worden uitgesloten. Volgens Thiele geldt dit ook wanneer de Grundstücksgeschäfte e.d. van § 1424 om niet plaatsvinden.¹²³ Dit is nogal opmerkelijk gezien de werking van § 1425, dat in het volgende onderdeel aan de orde komt. Net als bij andere bevoegdheidsbeperkingen lijkt mij de partij-autonomie op dit punt nogal gevaarlijk voor de niet-handelende echtgenoot. Het gevaar bestaat dat deze in een Ehevertrag aan het begin van het huwelijk toestemt in een dergelijk beding en daardoor de rest van het huwelijk de bescherming van § 1424 BGB moet ontberen.

13.2.3 § 1425: Schenkingen zijn onderworpen aan het toestemmingsvereiste

Deze bepaling bindt schenkingen van goederen uit het Gesamtgut door de Verwalter aan de toestemming van de andere echtgenoot. Deze eis geldt ook, anders dan de wetstekst aangeeft, als de Verwalter schenkingen van goederen uit het Vorbehalts- of Sondergut wil doen.¹²⁴ De uitbreiding naar de andere

121 Baur/Stürner, Sachenrecht, p. 223.

122 Staudinger-Thiele, § 1424 Rn 19, met een beroep op jurisprudentie, die ook in meerderheid deze opvatting laat zien.

123 Staudinger-Thiele, § 1424 Rn 20, met verdere verwijzingen, ook naar jurisprudentie en andere opvattingen in de literatuur, zoals Palandt/Diederichsen, Randnr 1 bij § 1424.

124 Staudinger-Thiele, § 1425 Rn 4.

goederen is gebaseerd op het feit dat verplichtingen die een van deze soorten goederen betreffen, op het gemeenschappelijk vermogen van de echtgenoten kunnen worden verhaald. Dit geldt niet voor schenkingen van hand tot hand uit het Vorbehaltsgut. De schenking komt daarbij tot stand door de overgave van de zaak, omdat het een reëel contract is.¹²⁵ Uit de aard van de transactie kunnen dan nooit meer Gesamtgutsverbindlichkeiten ontstaan. Geen toestemming is vereist als de Verwalter voor een transactie expliciet de mogelijkheid tot verhaal op het Gesamtgut uitsluit.¹²⁶

Naast de schenkingen zelf bindt § 1425 obligatoire overeenkomsten (Schenkungsversprechen) waarin de Verwalter zich verbindt, om bovengenoemde schenkingen te zullen verrichten. Deze verplichtingen leiden immers tot een Gesamtgutsverbindlichkeit, waarvoor toestemming is vereist. Ook Schenkungsversprechen die niet betrekking hebben op het Gesamtgut zijn aan de toestemming gebonden omdat er verbintenissen uit ontstaan, die op het gemeenschappelijk vermogen verhaalbaar zijn.¹²⁷

De ratio achter § 1425 is dat schenkingen niet behoren tot de gewone Verwaltung.¹²⁸ Daarom moet voor deze uitzonderlijke handelingen een controlemogelijkheid voor de andere echtgenoot bestaan in de vorm van de verplichte toestemming.

Ontbreekt deze toestemming dan bevindt zich de derde in een toestand die vergelijkbaar is met een ontbrekende toestemming bij § 1423.¹²⁹

WAT IS TE BEGRIJPEN ONDER 'SCHENKING'?

Schenkingen worden in het algemeen geregeld in de §§ 516 en volgende. In beginsel is het elke verrijking van de een uit het vermogen van de ander waarbij partijen het erover eens zijn dat de verrijking om niet geschiedt, zo luidt een vrije vertaling van het eerste lid van deze paragraaf. De verrijking kan bestaan uit het overdragen of bezwaren van een goed, maar ook uit feitelijke handelingen. Opvallend is dat de verrijking niet door partijen hoeft te zijn bedoeld. In ieder geval moet de schenker zijn verarmd, waarbij niet is vereist dat de schenker eigenaar was van het geschonken goed,¹³⁰ en de begiftigde moet daardoor naar objectieve maatstaven zijn verrijkt. Onvoldoende is verarming door het niet-realiseren van een vermogenstoename, bijvoorbeeld doordat een erfenis wordt verworpen, § 517.¹³¹

De verrijking moet om niet gebeuren. Dat betekent niet dat er per definitie

125 Palandt/Putzo, Randnr. 1 bij § 516, Randnr. 4 bij § 518.

126 Staudinger-Thiele, § 1425 Rn 5; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 609; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 157.

127 Staudinger-Thiele, § 1425 Rn 4.

128 Zie Staudinger-Thiele, § 1425 Rn 1 en MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 1 bij § 1425 met verdere verwijzingen.

129 Zie de behandeling van deze vraag bij die bepaling en bij onderdeel 15.1.1.

130 Palandt/Putzo, Randnr. 5 bij § 516.

131 Palandt/Putzo, Randnr. 2 bij § 517.

geen tegenprestatie mag worden gegeven; de prestatie mag alleen niet afhankelijk zijn van de tegenprestatie volgens het ‘do ut des’-beginsel. Dit lijkt mij voor een derde de zaak er niet eenvoudiger op te maken. Wanneer is er nu nog sprake van een schenking, waar die toestemming van de andere echtgenoot voor is vereist? Ik denk dat het cruciale punt de overeenstemming van partijen is dat de verrijking onafhankelijk van de tegenprestatie is geschied. Deze afspraak wordt ‘Schenkungsabrede’ genoemd.¹³² De verdere omstandigheden doen er dan niet meer toe.¹³³

Daarnaast kent het Duitse recht ook het ‘Schenkungsversprechen’ dat in notariële vorm moet zijn opgemaakt, § 518. De ratio van deze bepaling is vergelijkbaar met die in Nederland van art. 7A:1719 BW: de waarschuwing aan de schenker, dat hij iets uit zijn vermogen om niet gaat afstaan en de bevordering van de duidelijkheid van het feit dat hij het serieus meent.¹³⁴ Als een qua vorm ongeldige schenkingsbelofte is gedaan dan wordt deze ongeldigheid geheeld door de uitvoering ervan, waarbij niet relevant is of de schenker van dit manco op de hoogte was. Voor de schenking van hand tot hand geldt dit niet. Zij is niet als een bijzonder geval van convalescentie te zien.¹³⁵

WERKINGSOMVANG VAN § 1425 BGB

Om tot een daadwerkelijke bescherming te komen moet het begrip schenking in materiële zin worden verstaan, dus alle bevoordelingen om niet omvatten. In de literatuur vindt men als voorbeeld het aangaan van een borgtocht om niet.¹³⁶ Dit sluit aan bij de wettelijke definitie van § 516.

Het moet er natuurlijk wel om gaan dat het vermogen van degene die toestemming verleent, ook door de transactie wordt beroerd. Thiele¹³⁷ geeft als uitzondering dat een echtgenoot uit zijn Vorbehaltsgut een schenking doet aan de andere echtgenoot. Bij deze schenking wordt het Gesamtgut of het privévermogen van de andere echtgenoot niet geraakt.

In een aantal gevallen is geen sprake van een schenking die onder § 1425 valt. Het kan bijvoorbeeld gaan om het betalen naar aanleiding van een ‘unvollkommene Verbindlichkeit’, zoals een speelschuld, § 762 (vergelijkbaar met de Nederlandse regeling inzake de natuurlijke verbintenis, art. 7A:1825 BW). Ook een ander geval van hetgeen in Nederland als natuurlijke verbintenis wordt gekwalificeerd, is van de werking van § 1425 uitgesloten: het doen van een Pflichts- of Anstandsschenkung, zie § 1425 lid 2.¹³⁸ De ratio hierach-

132 Palandt/Putzo, Randnr. 11 bij § 516.

133 Voor voorbeelden van schenkingen en verrijkingen om baat zie Palandt/Putzo, Randnr. 8 e.v. bij § 516.

134 Asser-Kleijn, nrs. 253-254.

135 Palandt/Putzo, Randnr. 4 bij § 518.

136 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 3 bij § 1425 en Staudinger-Thiele, § 1425 Rn 8. Borgtochten vallen ten onrechte niet onder een toestemmingseis, aldus Langenfeld in zijn Handbuch, Randnr. 106.

137 Staudinger-Thiele, § 1425 Rn 6.

138 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 4 bij § 1425.

ter is dat dit geen rechtshandelingen zijn die buiten het gewone beheer van het vermogen vallen.¹³⁹ Daaronder worden begrepen betalingen op grond van een morele dringende plicht uit moraal en fatsoen, bijvoorbeeld aan behoeftige verwanten waarvoor geen wettelijke onderhoudsplicht bestaat, maar ook het verschaffen van een redelijke uitzet aan de kinderen, § 1624. Ook giften aan charitatieve instellingen of bij rampen worden daaronder begrepen. Anstandsschenkungen zijn giften waarvan personen in gelijke omstandigheden menen dat het niet juist zou zijn, als men ze niet zou doen. Het gaat daarbij om giften ter gelegenheid van bijzondere gelegenheden, zoals verjaardagen en huwelijkscadeaus, maar ook cadeaus ter gelegenheid van een jubileum, voorzover de giften in de gebruikelijke hoogte zijn. Collega's of andere mensen uit de omgeving vinden het gewoon dat men aan dit soort giften meedoet. Zij zouden het niet correct vinden als men daaraan niet zou bijdragen.¹⁴⁰

BIJZONDERHEDEN BIJ SCHENKINGEN VAN REGISTERGOEDEREN

Zoals ook al is beschreven bij de behandeling van § 1365 in onderdeel 13.1.1 moet de notaris bij deze transacties een zekere onderzoeksplicht in acht nemen. Ook de medewerkers van het Grundbuch moeten, indien er enige indicaties voor de goederengemeenschap zijn, steeds de toestemming van de andere echtgenoot controleren. Hiervoor moet worden onderzocht of de titel schenking is. De overige vereisten zijn dezelfde als bij de andere rechtshandelingen waarvoor de toestemming van de andere echtgenoot is vereist, waarbij registergoederen zijn betrokken.

IS § 1425 DWINGEND RECHT?

Hierover bestaat geen eensluidende mening. De heersende leer neemt mijns inziens terecht aan dat het een bepaling van dwingend recht is vanwege de bijzondere bescherming die deze paragraaf beoogt te geven.¹⁴¹

13.3 Enkele rechtsvergelijkende opmerkingen over de verschillende regelingen in Nederland en Duitsland

Er zijn meerdere verschillen die duidelijk in het oog vallen. Ik wil er een aantal aan een kritische beschouwing onderwerpen. Daarbij zal ik beginnen met het gegeven, dat het Duitse recht een onderscheid maakt tussen de beschermingsregels, afhankelijk van het goederenregime. Zoals al eerder werd opgemerkt vormt dit gegeven op zich al een complicerende factor in het

139 Staudinger-Thiele, § 1425 Rn 12.

140 Voor verdere voorbeelden en vindplaatsen zie Staudinger-Thiele, § 1375 Rn 22-23.

141 Staudinger-Thiele, § 1425 Rn 16 met verdere verwijzingen. Een andere opvatting hebben o.a. MünchKomm (Kanzleiter) Randnr. 7 bij § 1425; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 481 en Thiele op de aangegeven plaats.

huwelijksgoederenrecht. Een (potentiële) wederpartij van een echtgenoot is nog afhankelijker van de informatie in het Huwelijksgoederenregister dan in Nederland, omdat niet alleen de beschikkingsbevoegdheid van het regime afhangt, maar ook de toestemmingseisen. Bij beschikkingsonbevoegdheid wordt de derde ook in het Nederlandse recht bij roerende goederen in de watten gelegd door art. 1:92, terwijl dat in Duitsland door de bepaling van § 935 (geen verkrijging bij abhandelenkomen) wordt beperkt. Daar komt bij alle huwelijken ongeacht het regime nog de complicatie van het medebezit van de echtelijke woning met inboedel bij, die ook tot toepasselijkheid van § 935 kan leiden. Daarnaast is dus ook nog het regime relevant voor de toestemmingseisen. Per saldo wordt van de derde meer onderzoek gevergd dan in Nederland. Het komt meer aan op de feitelijke kennis van de derde in combinatie met de (veronderstelde) kennis van de feiten uit de registers. Verontrustend vind ik ook het feit dat juist bij de vaststelling van een Gesamtvermögensgeschäft de rechtspraak en doctrine een voortrekkersrol speelt omdat het wetboek het laat afweten. Waarom geeft de wetgever niet een duidelijke definitie? Op andere terreinen vindt men de omschrijvingen wel in de wetstekst, zoals bijvoorbeeld in § 1417 en 1418, lid 2 (Sondergut en Vorbehaltsgut).

Toegegeven moet worden dat het Nederlandse systeem ook niet waterdicht is, zoals is gebleken uit de bespreking van bijvoorbeeld de definitie van 'echtelijke woning', die ook pas door een reeks van arresten is uitgekristalliseerd. In ieder geval werken de Nederlandse toestemmingseisen bij alle echtparen gelijkelijk waardoor rechtstoepassers steeds met dezelfde regeling te maken hebben hetgeen de overzichtelijkheid ten goede komt.

Een ander nadeel van het Duitse systeem is de samenloop van de onzekerheid uit het huwelijksgoederenrecht met de gewenste precisie van het Grundbuch. Daardoor treden onderzoeksplichten voor de daar aangestelde medewerkers op die wellicht verder gaan dan redelijkerwijs van deze mensen gevergd kan worden. In Nederland ligt de onderzoekstaak bij de notaris die naar mijn mening beter voor deze recherche is toegerust.¹⁴²

Een directe vergelijking van de transacties die aan de toestemming zijn gebonden brengt naar voren dat de Nederlandse regeling is 'uitgesmeerd' over de Duitse huwelijksgoederenregimes. § 1369 voor de Zugewinnngemeinschaft lijkt deels op art. 1:88 lid 1 sub a, maar de echtelijke woning zelf is in de regel als beschermd belang ondergebracht in de Gesamtvermögensgeschäfte, § 1365 en 1423. Indien het een erg rijk echtpaar betreft kan de echtelijke woning een dusdanig beperkt deel van het vermogen zijn dat zij niet door § 1365 en 1423 beschermd wordt. Daarentegen vallen alle eigendomsverschuivingen ten aanzien van onroerend goed onder de toestemming

142 Zie het Preadvies KNB 1996 voor de ontwikkelingen in de elektronische mogelijkheden op dit terrein.

van § 1424, voorzover het om onderdelen van het Gesamtgut gaat. Zoals al eerder was opgemerkt kan de niet-verwaltende echtgenoot wel een groot deel van de Verwaltungsmacht terugkrijgen als in de huwelijks voorwaarden slechts een gering deel in het gemeenschappelijk vermogen is ondergebracht. Daardoor komt de rest dan in het Vorbehaltsgut van de echtgenoten terecht, dat zij zelf kunnen besturen, maar verliest de andere echtgenoot de bescherming van zowel § 1423 als § 1424. In Nederland is dit gevaar niet aanwezig, omdat art. 1:88 altijd werkt, ongeacht de eigendomsverhoudingen.

Opvallend is dat schenkingen slechts in de Duitse gemeenschap van goederen onder de toestemming vallen. Dat wordt daar beredeneerd met de reden dat schenkingen niet onder het normale vermogensbeheer vallen en daarom toestemming behoeven. Bij echtgenoten die in de Zugewinnsgemeinschaft zijn gehuwd, worden schenkingen pas aan toestemming onderworpen als zij zo omvangrijk zijn dat het een Gesamtvermögensgeschäft is. Dit levert bij dat stelsel een vrij ruime bevoegdheid op. Afgezien van een mogelijke frustratie van de Zugewinnanspruch lijkt het mij ook voor de garantie van de financiële basis van het gezin geen goede regeling.

Het is ook opmerkelijk dat in het Duitse recht geen bepaling kent die correspondeert met art. 1:88 lid 1 sub c. Alle zekerheidstellingen die niet zo omvangrijk zijn dat zij Gesamtvermögensgeschäfte zijn, kunnen worden afgesloten zonder dat de andere echtgenoot daar enige invloed op heeft. Dit lijkt mij geen goed idee; de beperking van de Nederlandse bepaling in de nieuwe tekst kwam mij immers ook al niet als een verbetering voor.

Ook is bijzonder dat in het Duitse recht de gezins- en echtgenotenbeschermende bepalingen niet allemaal dwingend recht zijn, hetgeen heel anders is dan in Nederland. Hierbij lijkt mij de Nederlandse regeling te prefereren, omdat anders geen bescherming is gegarandeerd. Bij het maken van de huwelijks voorwaarden kan nog alles 'koek en ei' zijn tussen de echtgenoten, maar dan heb je geen regelingen nodig zoals deze net aan de orde zijn gekomen. Is deze fase voorbij dan wordt de bescherming relevant, waarvan Duitse echtgenoten in de 'goede tijd' afstand hebben gedaan door andersluidende huwelijks voorwaarden te maken.

Op beide rechtstelsels is aan te merken dat een categorie van 'gevaarlijke' rechtshandelingen volkomen buiten schot blijft: het aangaan van leningen. In het Nederlandse recht staan tenminste afbetalingstransacties onder toezicht van de andere echtgenoot, maar gewone leningen niet. Gezien de problemen die hiervan vaak het gevolg zijn, zou men verwachten dat dit met de Nederlandse wetwijziging gecorrigeerd zou worden, maar zoals bekend, is dat niet gebeurd. Ook in het Duitse recht zijn deze rechtshandelingen vrij van toestemming.

Deel C

Verhaal van schuldeisers
die een der echtgenoten tot schuldenaar hebben

Verhaal van schuldeisers naar Nederlands intern recht

In Deel A was sprake van de goederenrechtelijke gevolgen die het huwelijk van twee mensen voor derden met zich mee brengt. In Deel B kwam een aantal bijzonderheden ter sprake die deels op het vlak van de aansprakelijkheid van de echtgenoten jegens derden lagen, deels bestonden uit toestemmingseisen waarvan niet-nakoming met name goederenrechtelijke gevolgen heeft. In dit deel zullen de gevolgen voor derden van de voorgaande fenomenen op het gebied van het verhaal worden uitgewerkt. Daarbij komen de verhaalsgevolgen van ons wettelijk stelsel aan de orde, alsmede van de overgang van de wettelijke gemeenschap naar een stelsel van scheiding van goederen en vice versa.

In het volgende hoofdstuk wordt een soortgelijk onderzoek gedaan naar de verhaalsgevolgen waarmee derden in het Duitse recht te maken kunnen krijgen.

Om te beginnen geef ik aan wat de positie is van een crediteur die een ongehuwde wederpartij heeft, vervolgens die van een crediteur met een in de wettelijke gemeenschap gehuwde wederpartij en tot slot die van een schuldeiser wiens wederpartij buiten gemeenschap is gehuwd. Vervolgens zal worden bekeken of de verhaalspositie van een schuldeiser verandert indien zijn schuldenaar huwt, waarbij een onderscheid zal worden gemaakt naar het regime wat met het huwelijk gaat gelden. Daarna zullen de overgangen naar een ander stelsel ter sprake komen die door huwelijkse voorwaarden zijn veroorzaakt. Tot slot komen de andere wijzen van overgang van het ene naar een ander stelsel aan de orde, zoals door afstand van de gemeenschap en verzoening na scheiding van tafel en bed.

14.1 De positie van een schuldeiser jegens zijn ongehuwde schuldenaar

De hoofdregel van het Nederlandse verhaalsrecht is het spiegelbeeld van de aansprakelijkheid: alle goederen die aan de schuldenaar toebehoren, kunnen tot verhaal dienen van zijn schulden, art. 3:276 BW, tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt.¹ Indien de schuldenaar mede-eigenaar is van een goed dan is verhaal op dat aandeel mogelijk en kan de schuldeiser, voor

¹ Zie voor voorbeelden Hartkamp Compendium NBW, nr. 181.

zover nodig voor zijn verhaalsuitoefening, verdeling van de gemeenschap vorderen, art. 3:180.

14.2 De verhaalspositie van een schuldeiser jegens echtgenoten die in de wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd

Een schuldeiser die een vordering verkrijgt op een debiteur die in de wettelijke gemeenschap is gehuwd, kan volgens art. 1:95 lid 1 verhaal uitoefenen op de goederen der gemeenschap en op de privégoederen van zijn debiteur voor zover deze aanwezig zijn. Dit is een voorbeeld voor een geval dat de wet verhaal op goederen van een ander dan de schuldenaar toestaat, omdat de partner van de debiteur ook mede-eigenaar is van de gemeenschapsgoederen. Deze regeling is quasi de keerzijde van de mogelijkheid om verbintenissen ten laste van de gemeenschap te kunnen aangaan. Voor crediteuren is de wettelijke gemeenschap van goederen vrij voordelig, omdat zij meer keuze hebben uit vermogensmassa's voor hun verhaal dan wanneer hun schuldenaar niet (in gemeenschap van goederen) is gehuwd.

De vraag rijst of crediteuren ook gebruik kunnen maken van het feit dat er eventueel vergoedingsrechten tussen de vermogens onderling bestaan. Bij in gemeenschap van goederen gehuwden is het bijvoorbeeld mogelijk dat er vergoedingsrechten bestaan ten bate van het ene privévermogen die ten laste komen van het privévermogen van de andere echtgenoot, bijvoorbeeld ten gevolge van het feit dat hoge reparatiekosten van een kostbaar erfstuk van de vrouw zijn betaald uit het privévermogen van de man. Deze krijgt dan in privé een vergoedingsrecht op het privévermogen van de vrouw. Kunnen schuldeisers van de man zich verhalen via derdenbeslag onder de vrouw? De echtgenoten kunnen in ieder geval geen beroep doen op het feit dat de vordering tussen de echtgenoten niet opeisbaar is, art. 1:92 lid 3. In de moderne literatuur neemt men aan dat maritale vergoedingsrechten gewone vorderingen zijn.² Ik zie derhalve in deze casus geen probleem voor derden die een vordering op de man hebben en hiervoor verhaal zoeken op het privévermogen van de vrouw via derdenbeslag.

De verhaalsmogelijkheden mogen niet worden verward met de kwestie van de aansprakelijkheid. Het is duidelijk dat een schuldeiser alleen die echtgenoot kan aanspreken die zijn wederpartij is. Het feit dat iemand in gemeenschap is gehuwd betekent niet dat schuldeisers dan ook de andere echtgenoot tot nakoming kunnen aanspreken, tenzij beide echtgenoten om bijzondere redenen hoofdelijk aansprakelijk zijn, bijvoorbeeld op grond van art. 1:85 BW.³

2 Zie bijvoorbeeld Kleijn/Van Duijvendijk-Brand, p. 18 en Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 362-363 met verdere verwijzingen.

3 HR 12 april 1985, NJ 1985 662 mnt. EAAL.

14.3 De verhaalspositie van een schuldeiser jegens echtgenoten die buiten de wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd

Ter vaststelling van de verhaalsmogelijkheden van een schuldeiser wiens debiteur buiten de wettelijke gemeenschap is gehuwd, moet men bepalen of deze crediteur te goeder trouw onkundig is van de huwelijkse voorwaarden van zijn wederpartij.

- a. De huwelijksvoorwaarden zijn minstens 14 dagen geleden gepubliceerd of de crediteur weet er langs andere weg van

In dit geval kan de echtgenoot deze huwelijksvoorwaarden aan de derde tegenwerpen, art. 1:116 j° 120 lid 2 BW. Zijn de huwelijksvoorwaarden niet ingeschreven, dan rust de bewijslast ten aanzien van de kennis van de derde op de echtgenoot.⁴ Zou de derde dit wensen, dan kan ook hij zich op de inhoud van ongepubliceerde huwelijksvoorwaarden beroepen.⁵ Dit kan van belang zijn als de echtgenoot-debiteur een per saldo veel groter vermogen heeft dan de andere echtgenoot, wiens vermogen op dat moment negatief is. Als men zou aannemen dat zonder de huwelijkse voorwaarden, die een scheiding van goederen inhouden, er een gemeenschap van goederen zou zijn ontstaan, dan zouden de schulden van de andere echtgenoot eventueel voor een kleinere verhaalsmassa voor deze schuldeiser kunnen zorgen. Deze constellatie zal niet vaak voorkomen. De schuldeiser doet er in dat geval goed aan om zich op de scheiding van goederen te beroepen. De verhaalsmogelijkheden voor deze schuldeiser zijn vergelijkbaar met die van een schuldeiser die een ongehuwde wederpartij voor zich vindt. Verhaal is slechts mogelijk op de goederen van de schuldenaar zelf, zie onderdeel 14.1. Ook voor dit geval geldt de regel van art. 1:92 lid 3: als tussen echtgenoten vergoedingsrechten zijn ontstaan die onderling nog niet opeisbaar zijn (bijvoorbeeld pas bij beëindiging van het huwelijk opeisbaar worden) dan kan deze opeisbaarheid niet jegens de derde-schuldeiser worden ingeroepen.

- b. De huwelijksvoorwaarden zijn niet gepubliceerd en de wederpartij van de handelende echtgenoot is er ook niet van op de hoogte op het moment van het aangaan van de overeenkomst

Voor schuldeisers die ná de huwelijksluiting maar vóór de publicatie van de huwelijkse voorwaarden een vordering op de echtgenoten verkregen, is om-

4 De Bruijn-Soons-Kleijn p. 454; Klaassen-Eggens-Luijten p. 213-214; Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer p. 312-313; Asser-Moltmaker nr. 423. HR 29 april 1949, NJ 1949 676, mnt. DJV: werking aangenomen ten aanzien van derden die bekend waren met de huwelijkse voorwaarden. Dit geldt ook voor het uitzonderlijke geval dat de derde kennis heeft uit het Handelsregister waar de huwelijkse voorwaarden zijn ingeschreven, art. 31 lid 1 en 4 Hrw; zie ook Asser-Moltmaker nr. 430.

5 HR 18 februari 1916, NJ 1916, p. 513 (Bremers-Muyikens); HR 29 april 1949, NJ 1949 676 mnt. DJV; De Jong, diss., p. 9-10; De Bruijn-Soons-Kleijn p. 452; Hidma, diss., p. 106; Luijten, Personen- en familierecht II, p. 94-95.

streden of en wanneer zij de nieuwe regeling tegen zich moeten laten gelden. Op grond van oude jurisprudentie⁶ wordt aangenomen dat de verhaalsrechten van schuldeisers niet kunnen worden beknot door de huwelijkse voorwaarden.⁷ Dit lijkt mij juist. Echtgenoten hebben zelf de gevolgen te dragen van het feit dat zij verzuimd hebben om voor de inschrijving te zorgen, c.q. hun notaris te verzoeken, dat voor hen te doen.⁸ Schuldeisers die niet op de hoogte waren van de huwelijkse voorwaarden dienen daar niet de dupe van te worden. Mocht door de huwelijksvoorwaarden een verbetering van de positie van een schuldeiser optreden, hetgeen zich zelden zal voordoen omdat het vermogen van een der echtgenoten negatief zou zijn, dan moet hij mijns inziens wel de mogelijkheid moeten hebben om zich op de huwelijksvoorwaarden te beroepen.

14.4 Gevolgen voor schuldeisers indien de wederpartij gaat huwen voordat de schuld is voldaan

In het voorgaande was de wederpartij reeds gehuwd toen zij de verbintenis op zich nam. Nu zal aan de orde komen wat rechtens is indien de wederpartij ongehuwd de verbintenis aangaat en voor de voldoening ervan in het huwelijk treedt.

14.4.1 De wederpartij huwt in de wettelijke gemeenschap

De huwelijkssluiting met de algehele boedelmenging heeft ondermeer tot gevolg dat de crediteur verhaal krijgt op dat deel van het vermogen van de andere echtgenoot dat in de gemeenschap valt, art. 1:93 en 95.⁹ In de regel vergroot dit de verhaalsmogelijkheden voor de schuldeisers. Het is mogelijk dat dit per saldo voor een aantal crediteuren negatief werkt. Als de andere echtgenoot een negatief saldo heeft op het moment van de huwelijkssluiting, dan nemen door de boedelmenging de verhaalsmogelijkheden voor de schuldeisers van de 'rijke' echtgenoot af. Kan deze hier iets tegen ondernemen? De enige mogelijkheid is de actio pauliana, art. 3:45. Aan de vereisten van dit artikel wordt door de geschetste situatie bij de huwelijkssluiting op het eerste gezicht voldaan: er is een onverplichte rechtshandeling waardoor de schuldeiser wordt benadeeld. Laten wij er ook van uitgaan dat bij de schuldenaar wetenschap bestaat van de benadeling. Desondanks lijkt mij de huwe-

6 HR 25 november 1881, W 4714.

7 De Jong, diss.; Asser-Moltmaker nr. 428; Klaassen-Eggens-Luijten, p. 227. Dit is de heersende leer.

8 Omdat de notaris hier meestal wel zorg voor draagt, doet zich deze casus slechts zelden voor; De Jong, diss., p. 11.

9 Zie ten aanzien van verknochte goederen die buiten de gemeenschap vallen: Duynstee, Verknochtheid, p. 64.

lijkssluiting die boedelmenging als wettelijk gevolg heeft, niet een rechtshandeling te zijn, die zich voor aantasting door de Pauliana leent. Op zichzelf is het toepassingsgebied van de Pauliana mijns inziens ruim genoeg.¹⁰ Ook de schakelbepaling van art. 3:59 wijst in deze richting. Toepasselijkheid van de Pauliana-regeling buiten het algemene vermogensrecht kan ook worden afgeleid uit het feit dat in het erfrecht een bijzondere Pauliana-variant kent, art. 4:1107. Deze is naast de regeling in Boek 3 nodig omdat de schuldeiser daar een extra bevoegdheid heeft naast het invoeren van de relatieve nietigheid van de benadelende rechtshandeling.¹¹ Uit de *lex specialis* in het erfrecht kan derhalve geen argument worden geput dat voor toepassing buiten het algemene vermogensrecht een aparte bepaling nodig zou zijn.

Benadeling door het aangaan van huwelijkse voorwaarden zou wellicht door toepassing van de *actio* kunnen worden tegengegaan,¹² maar niet een huwelijkssluiting in de wettelijke gemeenschap. De wetgever heeft klaarblijkelijk de mogelijkheid van benadeling van derden bij het huwelijk niet zo belangrijk geacht dat hij daar maatregelen tegen nodig achtte. Daarnaast geeft Van Mourik¹³ als argument dat aan het huwen in de wettelijke gemeenschap geen rechtshandeling ten grondslag ligt dit is gericht op de benadeling van de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers. Het argument ligt in de lijn van het reeds eerder opgemerkte. Ook al zou dit argument mede een rol spelen, dan zou dit op zichzelf aan de geldigheid van de huwelijkssluiting niets afdoen.

14.4.2 De wederpartij huwt in een stelsel van scheiding van goederen

Voor de schuldeiser die, bekend met de voorgenomen huwelijkssluiting op huwelijkse voorwaarden, voor de huwelijkssluiting een vordering op de bruid of bruidegom in spe had, verandert met de huwelijkssluiting niets. Verhaal is ook daarna slechts mogelijk op de goederen van de echtgenoot-wederpartij, art. 1:116.

Hoe is de verhaalspositie van deze schuldeiser als hij niet op de hoogte is van de omstandigheden van zijn wederpartij en de huwelijksvoorwaarden niet waren ingeschreven in het huwelijksgoederenregister? Interessant voor nader onderzoek is vooral een crediteur die weet heeft van het huwelijk maar niet van de huwelijkse voorwaarden. De positie van deze crediteur is zeer omstreden. Een aantal auteurs is van mening dat deze crediteur in dezelfde positie moet blijven die hij ook voor de huwelijkssluiting had. Jegens hem kunnen de huwelijkse voorwaarden dus gewoon worden ingeroepen, ook al

10 In de eerste druk van haar studiepocket over de Pauliana achtte Mellema-Kranenburg dit ook geen probleem, zie daar p. 14.

11 Dit onderwerp laat ik verder onbesproken omdat het te ver van mijn onderzoeksterrein af ligt.

12 Hidma, diss., p. 84 e.v., met verwijzingen naar verdere rechtspraak en literatuur; Mellema-Kranenburg, Pauliana, p. 15-16.

13 Huwelijksvermogensrecht, p. 186.

zijn zij niet ingeschreven. Deze opvatting wordt onderbouwd met het argument dat het niet redelijk zou zijn om hem van de huwelijksluiting onder ongepubliceerde huwelijksvoorwaarden te laten profiteren. Slechts als hij iets heeft gedaan als gevolg van de verkeerde voorstelling van zaken, zoals uitstel van betaling verleend of beslag gelegd, dan wordt hij met betrekking tot die handelingen beschermd, zo nemen deze schrijvers aan.¹⁴ Men kan er ook van uitgaan dat specifiek voor de vóórhuwelijke crediteur geldt, dat hij na de huwelijksluiting, maar voordat publicatie van de huwelijksvoorwaarden heeft plaatsgevonden, van het bestaan van de algehele gemeenschap van goederen mag uitgaan, indien hij niets weet van die huwelijksvoorwaarden.¹⁵ Hij kan dan ook verhaal nemen op het vermogen van de andere echtgenoot voorzover dat in de gemeenschap zou zijn gevallen als het echtpaar in de gemeenschap van goederen zou zijn gehuwd. Het is voor risico van de echtgenoten dat deze dingen gebeuren omdat zij zelf hebben nagelaten om voor juiste en tijdige inschrijving zorg te dragen.¹⁶

Volgt daarna inschrijving, dan gaat dit tijdelijke voordeel weer teniet, tenzij door de schuldeiser beslag is gelegd. Volgens sommige auteurs¹⁷ geldt dan jegens deze beslaglegger dat hij het beslag kan handhaven alsof partijen in de wettelijke gemeenschap waren gehuwd. Soons¹⁸ wil slechts een vergoeding toekennen voor de ten onrechte gemaakte kosten van het beslag. Luijten¹⁹ merkt op dat vooral in de bewijssfeer moet worden bekeken of een verzetsactie van de andere echtgenoot zin heeft.

Het lijkt mij dat de wederpartij in deze kan profiteren van art. 3:36, zoals Luijten²⁰ ook aanduidt. Echtgenoten hebben de mogelijkheden van inschrijving en overige wijzen van informatieverschaffing aan de wederpartij niet gebruikt, waardoor de wederpartij in de veronderstelling was dat zij in de wettelijke gemeenschap waren gehuwd. Het fictieve bestaan van de wettelijke gemeenschap - ongeacht of de wederpartij hiervan concreet op de hoogte was of niet²¹ - leidt tot bevoordeling van de schuldeiser op het gebied van het ver-

14 O.a. De Jong, diss., p. 10; Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer p. 317; Schoordijk, Het nieuwste huwelijksvermogensrecht, p. 69; Klaassen-Eggens-Luijten, p. 228. Hiervoor is wel kennis van de huwelijksluiting vereist omdat anders het causaal verband met de benadelende handelingen en het huwelijk niet kan ontstaan. Met een nuancering: De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 458. Zij willen alleen de kosten van ten onrechte gelegde beslagen vergoeden die in causaal verband staan met de veronderstelling dat de wettelijke gemeenschap was gaan gelden.

15 Asser-Moltmaker nr. 426 met verdere verwijzingen. De HR oordeelde al in die zin op 29 april 1949, NJ 1949 676 mnt. DJV; Van der Burght, Ongekende wetenschap, p. 6; Lubbers-Hidma, aant. 4 bij art. 116; Konijn/Ricksen-van Gerven, WPNR 5574 (1981).

16 De Jong, diss., p. 26. Voor het geval dat de oorzaak voor het niet-tijdig inschrijven bij medewerkers van het register ligt, verdedigen Konijn en Ricksen-van Gerven mijns inziens terecht een aansprakelijkheid van de overheid voor de daardoor ontstane schade. WPNR 5574 (1981).

17 Asser-Moltmaker nr. 426; Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 317.

18 De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 458.

19 Klaassen-Eggens-Luijten, p. 228.

20 Klaassen-Eggens-Luijten, p. 227.

21 Vergelijk bijvoorbeeld het in hoofdstuk 10 behandelde huwelijksgevolg van art. 1:85 dat ook intreedt ongeacht de kennis van de wederpartij.

haal en ik zie geen reden om een onderscheid te maken in de toekenning van dit rechtsgevolg naar het soort actie dat de wederpartij heeft ondernomen. Het mag hier mijns inziens niet beperkt blijven tot derden die beslag hebben gelegd in het vertrouwen op het bestaan van het wettelijk stelsel bij hun wederpartij, maar moet ook ten goede komen aan anderen die in vertrouwen op de toepasselijkheid van het wettelijk stelsel bij hun wederpartij enige handeling hebben verricht. Men kan daarbij denken aan het afzien van het eisen van extra zekerheid omdat de wederpartij ervan uitging dat zij verhaal zou kunnen nemen op de goederen der gemeenschap waartoe ook een omvangrijk vermogen van de echtgenoot van de schuldenaar zou behoren. Blijkt deze verhaalsmogelijkheid in werkelijkheid niet te bestaan dan zou de wederpartij benadeeld worden en zou dit nadeel gecompenseerd moeten worden. Dit zou in casu kunnen worden gerealiseerd door de de wederpartij verhaal te laten nemen alsof de wettelijke gemeenschap wel zou zijn ontstaan.

14.5 Wijzigingen van regime op grond van huwelijkse voorwaarden

Het zal vaak voorkomen dat ten tijde van de wijziging van het regime op grond van huwelijkse voorwaarden niet alle schulden zijn voldaan die derden op de echtgenoten hebben. In dit onderdeel wordt bekeken of de schuldeisers iets te vrezen hebben voor hun verhaalsmogelijkheden als voor de voldoening van de schulden een regimewijziging plaatsvindt.

14.5.1 Overgang van de wettelijke gemeenschap naar een stelsel van scheiding van goederen

Wat zijn de gevolgen voor de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers van de echtgenoten indien echtgenoten overgaan van de wettelijke gemeenschap naar een stelsel van scheiding van goederen? Men moet bij de beantwoording van die vraag een onderscheid maken tussen de schuldeisers die van de wijziging van regime op de hoogte zijn, en degenen, die daardoor worden verrast. In het vervolg zal ik eerst het geval behandelen, dat de derde een vordering heeft verkregen op een der echtgenoten vóór de regimewijziging, waarbij hij op de een of andere wijze op de hoogte is van de voorgenomen regimewijziging. Daarna zal aan de orde komen of een derde in een andere positie verkeert, wanneer hij van de wijziging niet op de hoogte is.

De overgang naar het nieuwe stelsel vindt plaats nadat het concept van de notariële akte houdende huwelijksvoorwaarden naar de rechtbank is gestuurd, de rechtbank toestemming heeft verleend voor de wijziging en de akte bij de notaris is gepasseerd. Op de daarop volgende dag begint de werking van de huwelijksvoorwaarden, tenzij een andere datum is vastgesteld. Jegens on-

onkundige derden werkt de wijziging na 14 dagen nadat zij in het huwelijks-goederenregister is ingeschreven, art. 120 lid 2.

A. DERDEN ZIJN OP DE HOOGTE VAN DE WIJZIGING VAN HET REGIME

Ten aanzien van *privé-schulden* van een der echtgenoten geldt het volgende: de echtgenoot die hen had aangegaan blijft schuldenaar; verhaal hiervoor is mogelijk op het privé-vermogen van de schuldenaar en op de goederen der gemeenschap. Hier verandert met de ontbinding van de gemeenschap wel iets: de gemeenschap verandert in een zogenaamde ‘dode’ gemeenschap. De gemeenschap is ontbonden, art. 1:99, maar feitelijk bestaat zij nog tot de afsluiting van de boedelscheiding. In de tussentijd kunnen sporadisch nog nieuwe gemeenschapsschulden ontstaan, bijvoorbeeld als er uitgaven moeten worden gedaan ten bate van gemeenschapsgoederen.²² Voor het overige is de gemeenschap gefixeerd.²³ Dit heeft tot gevolg dat de inkomsten die vóór de wijziging van het regime in de gemeenschap vielen, daar nu buiten blijven. De inkomsten vallen vanaf dat moment in het privé-vermogen van degene die het inkomen verdient. Het verhaal van een privé-schuldeiser wordt dan beperkt voorzover hij niet meer de mogelijkheid heeft om verhaal te nemen op een gemeenschap die steeds gevoed werd door inkomsten van beide echtgenoten. Hiertegen kan hij zich wapenen met de actie uit art. 3:193: verzet tegen een voorgenomen verdeling om zijn verhaalsmogelijkheden te beschermen.²⁴

Daartegenover staat dat op diezelfde gemeenschap voor de ontbinding nieuwe gemeenschapsschulden kwamen te rusten, iets wat voor het grootste deel is afgelopen op het moment van de echtscheiding. Het hangt er dus vanaf wat de verhouding van de inkomsten en uitgaven van elk der echtgenoten is geweest, of een privé-schuldeiser in een betere of in een slechtere positie terecht komt. Het gaat er met name om of de echtgenoot die schuldenaar is van een concrete verbintenis, meer inkomsten heeft dan uitgaven, terwijl de andere meer uitgeeft dan wordt verdiend aan gemeenschapsinkomsten. De privé-inkomsten van de andere echtgenoot doen niet ter zake, omdat daar toch geen verhaal op mogelijk is.

DE POSITIE VAN GEMEENSCHAPSSCHULDEISERS NA DE ONTBINDING VAN DE GEMEENSCHAP, DE WERKING VAN ART. 102 BW

Ten aanzien van *gemeenschapsschulden* geldt dat zij in het algemeen alleen vóór de ontbinding van de gemeenschap kunnen ontstaan, zie boven. Daarna blijven schulden privé van degene die hen heeft aangegaan. Dat betekent dat tot de daadwerkelijke ontbinding van de gemeenschap door de boedelscheiding nog wel de schulden die al tot de gemeenschap behoorden, daarin blij-

²² Asser-Moltmaker nr. 356.

²³ Deze term gebruikt Van Duijvendijk-Brand in het Compendium personen- en familierecht nr. 74.

²⁴ Luijten, Personen- en familierecht II, p. 66.

ven, maar de na de ontbinding van de gemeenschap verdiende inkomsten daar niet meer in terecht komen. In de meeste gevallen zal daarom spoedig het saldo der gemeenschap dalen. Verhaal op de gemeenschap is dan minder lucratief dan daarvoor, maar blijft via art. 100 lid 2 juridisch mogelijk.²⁵ De wetgever heeft daarom een regeling getroffen met betrekking tot de aansprakelijkheid van echtgenoten voor gemeenschapsschulden na de ontbinding van het huwelijk, art. 1:102 BW.

DE POSITIE VAN DE ANDERE ECHTGENOOT

Art. 1:102 BW heeft tot gevolg dat de echtgenoot die gemeenschapsschulden heeft aangegaan, daar gewoon schuldenaar van blijft. De andere echtgenoot, die de schuld niet had aangegaan, wordt ineens ook schuldenaar voor de helft van de schuld. Er is een discussie over gevoerd, of dit nu een echt schuldenaarschap is of alleen op het gebied van het verhaalsrecht van de crediteur van invloed zou zijn. De essentie van de regeling is dat de schuldeiser, die vroeger voor schulden van de ene echtgenoot verhaal kon nemen op de gehele gemeenschap, voor het verlies van dit voordeel gecompenseerd wordt. De wet gaat verder dan alleen het goedmaken van het verlies van verhaalsobjecten, zo is in 1991 bepaald. Anders dan het Hof, dat van de theorie van de extra verhaalsaansprakelijkheid uitging, heeft de Hoge Raad²⁶ duidelijk gekozen voor een extra *schuldenaarschap* voor de andere echtgenoot:

“Anders dan het hof (...) heeft aangenomen, moet dit aldus worden opgevat dat een echtgenoot die na de ontbinding als schuldenaar gehouden is tot voldoening van de helft van het bedrag van een zodanige gemeenschapsschuld.”

De Hoge Raad sluit daarbij aan bij de parlementaire geschiedenis die wederom voortbouwt op het stelsel dat gold voor invoering van Boek 1 NBW in 1970 ten aanzien van de aansprakelijkheid van de vrouw voor gemeenschapsschulden.

EEN TEKSTUELE VERANDERING DOOR DE INVOERING VAN BOEKEN 3, 5 EN 6 NBW

Met de invoering van de nieuwe versie van artikel 1:102 op 1 januari 1992 is de tekst enigszins gewijzigd. Eerst stond in plaats van de zin na de puntkomma een tweede lid dat luidde:

“De echtgenoot die een schuld der gemeenschap voor meer dan de helft voldoet, heeft voor het meerdere verhaal tegen de andere echtgenoot.”

Dat dit stukje is vervangen is logisch omdat afdeling 6.1.2 nu een algemene regeling van de hoofdelijkheid bevat die door het gebruik van de term ‘hoofdelijk’ van toepassing wordt. Het is overbodig om de interne verreke-

25 Voor meer details inzake de afwikkeling zie Asser-Molmaker nrs. 357 e.v.

26 18 oktober 1991, NJ 1992 421 mnt. EAAL (Intour Reizen/K.).

ning nog te vermelden omdat deze rechtstreeks uit de hoofdelijkheidsregeling voortvloeit, art. 6:12.²⁷

DE HELFT WAARVAN?

Hierover werd ook al onder de oude versie van de wet gediscussieerd. In de literatuur bestond de controverse of dit de helft van de oorspronkelijke schuld moet zijn, de helft van het bedrag dat openstaat op het moment van de ontbinding der gemeenschap, of de helft van het bedrag dat openstaat op het moment van het instellen van de vordering door de schuldeiser tegen de echtgenoot-niet contractant. Kleijn en Van Duijvendijk-Brand hebben verdedigd, dat het de helft van het oorspronkelijke bedrag moest zijn.²⁸

Is dit ook geldig voor het nieuwe recht? Vranken noemt deze oplossing ook voor het nieuwe recht.²⁹ Met een beroep op de hoofdelijkheidsregeling verdedigt hij dat het feit dat de ene echtgenoot al iets heeft betaald, geen invloed kan hebben op de aansprakelijkheid van de andere echtgenoot. De Hoge Raad heeft in het genoemde arrest³⁰ een oplossing voor het oude recht gegeven. De casus was als volgt. Een vrouw, K., had van haar werkgever, Intour Reizen, een bedrag van ongeveer f 70.000 verduisterd. Op het moment van de echtscheiding had zij ongeveer f 20.000 daarvan terugbetaald. Vast stond dat de schade van Intour ± f 50.000 bedroeg. De Hoge Raad besliste dat de man aansprakelijk was voor de helft van de schuld. De Hoge Raad bekrachtigde het vonnis van de Rechtbank in zoverre, als zij de man had veroordeeld tot betaling van ± f 25.000, dus de helft van de schuld zoals zij nog bestond op het moment van de echtscheiding.

Vranken verdedigt zijn opvatting³¹ met de opmerking dat naar nieuw recht de oplossing niet anders zou moeten luiden omdat uit de parlementaire stukken zou volgen

“dat betaling van een gedeelte van de schuld door de echtgenoot-contractant geen invloed heeft op het bedrag waarvoor de andere echtgenoot jegens de derde aansprakelijk is.”

Ik vraag mij af of dit terecht is.³² Mijns inziens moet men daarbij twee dingen onderscheiden. Ten eerste is dit arrest onder het oude recht gewezen. Door de uitspraak van de Hoge Raad is feitelijk beslist dat de man aansprakelijk was voor de helft van het bedrag van de schuld ten tijde van de beëindiging van het huwelijk. In de procedure was vastgesteld dat dit de schade was en de vordering tegen de man luidde dan ook op de helft van dit bedrag. Daarmee is, zo moet ik toegeven, nog niet beslist, of een hogere vordering wellicht ook kans van slagen zou hebben gehad.

27 PG Aanpassing BW, p. 64.

28 Zij maken dit duidelijk aan de hand van een rekenvoorbeeld in ‘Zo zijn we getrouwd’, p. 67.

29 Vranken, WPNR 6034 (1992), p. 83.

30 HR 18 oktober 1991, NJ 1992 421 mnt. EAAL (Intour Reizen/K.).

31 Zoals Vranken waarschijnlijk ook Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 248, maar hij is er niet duidelijk over of het tijdstip van de betaling relevant is.

32 Zie mijn bespreking in Advocatenblad 1992, p. 135-136.

Daarnaast moet worden bekeken of een wijziging van de inhoud van de aansprakelijkstelling van de niet-handelende echtgenoot is beoogd door het nieuwe recht, zoals Vranken schrijft. Ik denk dat dit niet het geval is. Dit deel van het artikel is in 1992 niet gewijzigd. Mijns inziens betreft het een louter tekstuele verandering die vooral noodzakelijk was geworden door de nieuwe mogelijkheid om de hoofdelijke aansprakelijkheid van de echtgenoten te regelen door een verwijzing naar afdeling 6.1.2. Verder gaat de verandering niet. Daaruit kan men mijns inziens niet zomaar afleiden dat ook een inhoudelijke verandering van die aansprakelijkheid was beoogd.

Mijn interpretatie is ook in overeenstemming met de opmerking van de Minister in de MvT II op dit artikel³³ waar hij met behulp van een korte berekening aangeeft dat betaling door de echtgenoot-contractant de aansprakelijkheid van de andere niet kan verkorten. Indien men met mij aanneemt dat deze berekening alleen voor de werkingsperiode van art. 102 geldt, namelijk na de opheffing van de gemeenschap, dan is deze zienswijze ook in overeenstemming met de uitkomst van het reeds eerder genoemde arrest Intour/K.

RELATIE MET DE INTERNE VERHOUDINGEN TUSSEN DE ECHTGENOTEN TEN AANZIEN VAN EEN NOG OPENSTAANDE GEMEENSCHAPSSCHULD

De bovengenoemde oplossing lijkt mij ook voor de praktijk goed verdedigbaar: in de periode voor de ontbinding van de gemeenschap hield elke betaling van de gemeenschapsschuld met middelen uit de gemeenschap in dat automatisch 'de andere echtgenoot ook meebetaalde'. Hij had immers een even groot recht op de gemeenschapsgoederen als de echtgenoot-contractant. Na haar ontbinding sterft de gemeenschap en zullen de dan nog bestaande schulden gaandeweg steeds meer uit privé-gelden moeten worden betaald omdat de omvang van de activa der gemeenschap afneemt. Als nog voldoende middelen in de dode gemeenschap voorhanden zijn om de schuld te betalen, dan zal het onderhavige probleem niet spelen, omdat de echtgenoot die een gemeenschapsschuld uit privé-middelen voldoet, een recht op vergoeding uit die gemeenschap heeft, de zogenaamde reprise.³⁴ Op beide echtgenoten blijft een draagplicht rusten voor de helft van de nog openstaande gemeenschapsschulden.³⁵ Slechts als een echtgenoot uit privé-middelen meer betaalt dan ten aanzien van een bepaalde schuld als draagplicht op hem rust, heeft hij ook de mogelijkheid om het meerdere terug te eisen van de andere echtgenoot.

In het navolgende wordt ervan uitgegaan dat de gemeenschap niet meer voldoende middelen bevat om de schuld te voldoen.

Indien de handelende echtgenoot niet kan of wil betalen, dan kan de schuldeiser de echtgenoot-niet contractant voor de helft van de dan nog openstaande

33 PG Aanpassing BW, p. 64.

34 Kleijn/Van Duijvendijk-Brand, p. 63.

35 HR 25 juni 1993, NJ 1994 31 mnt WMK.

schuld aanspreken.³⁶ Daarmee heeft de schuldeiser een bijzonder voordeeltje omdat ineens verhaal ook mogelijk blijkt op de privé-goederen van de andere echtgenoot. Voorlopig gaat het mij erom dat de schuldeiser de andere echtgenoot niet voor de helft van het oorspronkelijke bedrag mag aanspreken. Dat is logisch, omdat het deel van de schuld dat al voor de ontbinding van de gemeenschap is gedelgd, is betaald uit de gemeenschap en daarmee voor de helft met goederen die aan de andere echtgenoot toebehoorden. Ik kan wel begrijpen dat de wetgever het verlies aan verhaalsobjecten wil compenseren door een aansprakelijkheid van de andere echtgenoot na die echtscheiding maar dan moet deze niet dubbel worden ‘gepakt’ voor een deel van de schuld waaraan hij al had ‘meebetaald’, maar die hij niet eens zelf had aangegaan.³⁷

WERKINGSDUUR VAN ART. 1:102 BW

Geldt de dubbele aansprakelijkheid alleen tijdens de ‘ontbindingsfase’, of ook nadat de verdeling van de oorspronkelijke gemeenschap is afgesloten? Hoewel het eerste gezien de plaatsing van art. 1:102 in de wet plausibel lijkt, kan daar mijns inziens geen sprake van zijn. De voordelige positie van de oude gemeenschapsschuldeiser zou daar wel erg onder lijden. Zorgen echtgenoten voor een snelle verdeling dan zou daarna het deel dat aan de niet-handelende echtgenoot wordt toebedeeld, aan het verhaal worden onttrokken. Men kan wel van mening zijn dat art. 1:102 ten onrechte ook het gehele privévermogen van de niet-handelende echtgenoot aan het verhaal van de gemeenschapsschuldeiser blootstelt, maar toepassing van genoemde uitleg van art. 102 zou het mogelijk maken om het deel van de gemeenschap dat aan de niet-handelende wordt toegescheiden, geheel buiten het verhaal houden. Dat kan niet de bedoeling van de wetgever zijn, lijkt mij. De parlementaire stukken geven hierover geen uitsluitsel. Slechts Luijten geeft terloops aan dat de verhaalsmogelijkheid ook betrekking heeft op het deel van het gemeenschapsvermogen dat na de verdeling in het privévermogen van de niet-handelende echtgenoot terecht is gekomen.³⁸ Dit lijkt mij juist.

ART. 1:102 WERKT NIET LETTERLIJK BIJ SCHULDEN DIE STREKKEN TOT EEN DOEN OF NIET-DOEN

Zoals Van der Ploeg³⁹ voor het geval dat het huwelijk eindigt door overlijden⁴⁰ opmerkt dat art. 102 in sommige gevallen niet werkt, geldt deze kritiek

36 Zo ook Lubbers/Hidma, aant. 3 sub d) bij art. 102, die betalingen door de echtgenoot-contractant na de ontbinding van invloed laten zijn op de aansprakelijkheid van de andere echtgenoot. Betaalt de echtgenoot-crediteur een deel van de schuld, dan kan de schuldeiser de andere echtgenoot alleen aanspreken voor het op dat moment nog openstaande bedrag.

37 Deze opvatting werd voor het oude recht voor 1970 ook verdedigd door Suyling, *Huwelijksgoederenrecht*, p. 210.

38 Luijten, *Personen- en familierecht II*, p. 67.

39 Asser-Van der Ploeg-Perrick nr. 395.

40 Voor het overige laat ik de beëindiging van het huwelijk door overlijden buiten beschouwing omdat het onderzoek echtgenoten in leven behandelt. Met overlijden samenhangende problemen voor

ook in het algemeen. Indien de verbintenis strekt tot het leveren van een goed der gemeenschap, lijkt mij na ontbinding van de gemeenschap art. 1:102 wel een functie te hebben, omdat dan ook de andere echtgenoot kan worden veroordeeld tot het leveren van het goed, waartoe hij immers op grond van de dan geldende bestuursregeling zijn medewerking moet verlenen. Het is in zoverre niet zuiver, dat daar de hoofdelijke aansprakelijkheid niet voor de helft kan worden gerealiseerd, maar de niet-handelende echtgenoot kan mijns inziens op deze wijze worden gedwongen om zijn aandeel in het goed te leveren.

Bij niet-nakoming van de verplichting die de handelende echtgenoot op zich heeft genomen, kan ook na de ontbinding van de gemeenschap de schuldeiser vervangende schadevergoeding eisen. Is dit ook een gemeenschapsschuld die valt onder de werking van art. 1:102 na de ontbinding van de gemeenschap? Daarmee verbonden is mijns inziens de vraag of door de omzetting van de oorspronkelijke nakomingsvordering in een wanprestatievordering een nieuwe vordering ontstaat, waarbij de werking van art. 102 niet aan de orde is omdat deze pas na ontbinding van de gemeenschap zou ontstaan, of dat het een wijziging is van de oorspronkelijke verplichting die haar leven als gemeenschapsschuld is begonnen. Als men volgens de tweede opvatting aanneemt dat zij alleen van karakter verandert, dan is het wel mogelijk om de helft van de schadevergoeding wegens wanprestatie van de echtgenoot-niet wederpartij te vorderen. Het lijkt mij dat de tweede opvatting hier gevolgd moet worden. Het betreft een omzetting van de oorspronkelijke prestatie die verschuldigd was, in die tot betaling van een geldsom. Als deze omzetting na de ontbinding plaatsvindt, dan lijkt het mij weer een gemeenschapsschuld, als de oorspronkelijke verbintenis ook een gemeenschapsschuld was.

BEOORDELING VAN ART. 1:102 EN CONCLUSIE

Zoals in het voorgaande al werd geschreven is het binnen het denkraam van de wetgever begrijpelijk dat hij de derde-crediteur wil compenseren voor het verlies aan verhaalsobjecten dat door de ontbinding van de gemeenschap wordt veroorzaakt. Maar er zijn drie kanttekeningen te plaatsen bij deze regeling. Ten eerste heeft een crediteur met een echtgenoot-wederpartij die in de wettelijke gemeenschap van goederen is gehuwd, in de meeste gevallen een mijns inziens onverdiend voordeeltje omdat de gemeenschap als geheel tot verhaal kan dienen en niet slechts het vermogen van de schuldenaar zelf. Natuurlijk kan ook nog verhaal worden gezocht op eventueel aanwezig privé-vermogen van de schuldenaar. De derde hoeft hiervoor niets extra te doen en hij loopt ook geen noemenswaardig groter risico, wanneer men zijn positie vergelijkt met die van een derde die heeft te maken met een ongehuwde

wederpartij of een echtgenoot die niet in gemeenschap is getrouwd. Een uitzondering zou voorstelbaar zijn indien de andere echtgenoot zoveel meer geld uitgeeft als hij zelf verdient, dat daardoor de gemeenschap zozeer onder druk komt te staan, dat dit van invloed is op het verhaal van de crediteur. In dit geval zou de crediteur van een ongehuwde of buiten gemeenschap gehuwde meer verhaalsmogelijkheden hebben dan de eerstgenoemde.

Een tweede uitzondering moet worden gemaakt voor één geval, zoals Hidma in een rekenvoorbeeld⁴¹ aantoont. Indien de aansprakelijke echtgenoot na opheffing van de gemeenschap een schuld aangaat die tot gevolg heeft dat zijn vermogen aan activa minder omvat dan de helft van het bedrag van de oorspronkelijke oude schuld en de nieuwe schuld tezamen, dan loopt de 'oude' crediteur de kans dat hij met een onbetaald deel van zijn vordering blijft zitten. Hij is immers concurrent schuldeiser met de nieuwe crediteur.

Ten derde moet worden opgemerkt dat de crediteur nog een ander voordeel in de schoot geworpen krijgt: zoals reeds eerder kort was aangestipt, krijgt de crediteur na de ontbinding van de gemeenschap ineens voor de helft van de schuld ook verhaal op het privé-vermogen van de niet-handelende echtgenoot. Dit lijkt mij overbodig. Deze regeling zal wel zijn ingegeven door praktische motieven omdat er geen scheiding is aan te brengen tussen goederen die altijd al, ook tijdens het huwelijk, privé zijn geweest op grond van art. 1:94 lid 1 of 3, en later verkregen goederen die privé zijn omdat de gemeenschap hen niet meer aantrekt. Maar ik blijf erbij, dat om te beginnen de crediteur al onverdiend is bevoordeeld door het verhaalsrecht op de gehele gemeenschap en na opheffing ervan, ook nog eens een keer om het verlies van dat 'extraatje' weer te compenseren. Het moge duidelijk zijn dat ik daar geen voorstander van ben.

EEN EXTRA BEVOORDELING VAN DE CREDITEUR DOOR DE DOZY-CLAUSULE

Als echtgenoten huwelijkse voorwaarden maken die tot gevolg hebben dat de wettelijke gemeenschap eindigt dan bepaalt art. 1:102 dat beide echtgenoten voor de helft aansprakelijk worden voor de gemeenschapsschulden die de andere echtgenoot heeft aangegaan. In de praktijk speelt dit artikel een minder belangrijke rol omdat de werking van art. 102 in de praktijk vaak buiten spel wordt gezet door de zogenaamde *Dozy-clausule*.⁴² De echtgenoten stellen zich daarbij hoofdelijk aansprakelijk voor de ten tijde van de regimeverandering aanwezige gemeenschapsschulden, waarvoor zij op grond van art. 1:102 slechts voor de helft aansprakelijk zouden worden.⁴³

41 Hidma, diss., p. 69-70.

42 Vernoemd naar haar ontwerper F.B. Dozy, WPNR 4564 (1958), p. 538.

43 Perrick, RM Themis 1992, p. 345; Van Mourik, Huwelijksvermogensrecht, p. 137; Moltmaker in zijn conclusie voor HR 15 mei 1992, NJ 1993 486 mnt. EAAL, overweging 2.3.4. van de conclusie. Er lijken ook auteurs te zijn die haar op alle schulden voor de ontbinding van de gemeenschap van toepassing willen laten zijn, zoals Klaassen-Eggens-Luijten, p. 210 noot 55; en - opmerkelijk - Moltmaker in Asser-Moltmaker nr. 401. Ik houd mij aan de enge variant: alleen een dubbele

Er zijn gevallen uit de jurisprudentie bekend waarin de rechter de huwelijkse voorwaarden alleen wilde goedkeuren onder de voorwaarde dat partijen de Dozy-clausule alsnog zouden toevoegen.⁴⁴ Deze clausulering van de rechterlijke goedkeuring valt buiten de wettelijke mogelijkheden die een rechter ten dienste staan.⁴⁵ In beginsel mag hij alleen de goedkeuring verlenen of weigeren.⁴⁶ De praktijk laat zien dat partijen quasi-vrijwillig de clausule in hun concept-akte opnemen omdat zij vrezen dat anders de goedkeuring onthouden wordt. Het nadeel hiervan is dat de clausule ook wordt opgenomen in de concept-akte in gevallen waarin deze gezien de feitelijke omstandigheden helemaal niet nodig is om de belangen van crediteuren te waarborgen.⁴⁷ De Hoge Raad heeft in een geval van afstand van de gemeenschap, waar zich dit probleem voordeed, bepaald dat de Dozy-clausule niet mag worden geëist om de crediteuren verhaal mogelijk te maken op goederen die zonder ontbinding van de gemeenschap hierin zouden vallen.⁴⁸

Naast de in mijn ogen erg vergaande regeling van art. 1:102 biedt de Dozy-clausule een hoofdelijke aansprakelijkheid voor het *geheel* der oude gemeenschapsschulden ongeacht wie der echtgenoten deze had aangegaan. Door de clausule kunnen de oude gemeenschapsschuldeisers zich voor de gehele schuld verhalen op het nieuwe privévermogen van de andere echtgenoot, dat de helft van de oude gemeenschap omvat met de eventueel aanwezige goederen die vroeger privé waren. Zonder de Dozy-clausule hadden zij 'slechts' verhaal *voor de helft* van hun schuld op de echtgenoot die de schuld niet heeft aangegaan. De crediteuren zullen daar in ieder geval geen nadelen van ondervinden. Dit is slechts anders in het geval dat de ene echtgenoot meer schulden dan baten heeft. De schuldeisers van de andere echtgenoot moeten na de toepasselijkverklaring van de Dozy-clausule concurreren met verhaalspogingen van de crediteuren van de 'arme' echtgenoot, terwijl bij toepassing van enkel art. 1:102 zij zich slechts voor de helft van de schuld konden verhalen op het vermogen van de 'rijke' echtgenoot.

INSCHRIJVING VAN DE DOZY-CLAUSULE IN HET HUWELIJKSGOEDERENREGISTER?

Moeten echtgenoten, die bij hun huwelijkse voorwaarden een Dozy-clausule hebben opgenomen, deze ook in het huwelijksgoederenregister inschrijven

aansprakelijkheidstelling voor gemeenschapsschulden.

44 Rb. Amsterdam 24 maart 1958, NJ 1958 248, mede door mr Dozy gewezen; Hof Den Bosch 6 april 1978, NJ 1980 63. Voor een kritische bespreking van dit arrest zie Hidma, diss., p. 71-72 en Luijten, WPNR 5653 (1983), p. 342.

45 Hidma diss., p. 116-118; Van Mourik, *Huwelijksvermogensrecht*, p. 138.

46 Ten aanzien van een andere voorwaarde (zekerheidstelling voor een vordering wegens overbedeling) die de rechtbank aan de goedkeuring wilde verbinden, was het Hof Arnhem heel streng: dat mag niet. Zie de uitspraak in een bespreking van Verstappen, FJR 1992, p. 188 e.v.

47 Zie Klaassen-Eggens-Luijten, p. 201 noot 55 met voorbeelden uit de jurisprudentie.

48 HR 21 februari 1997, RvdW 1997 51C. Dit speelde in samenhang met een afstand van de gemeenschap, zie onderdeel 14.7.

om werking jegens derden te bereiken? Vermoedelijk op grond van de beschermingsratio van art. 116⁴⁹ zegt De Bruijn-Soons-Kleijn⁵⁰ zonder verder commentaar dat

“de Dozy-clausule wordt ingeschreven in het Huwelijksgoederenregister.”

Daarmee zijn eventuele problemen omtrent de kenbaarheid van de Dozy-clausule voor derden snel opgelost. Indien men met mij van mening is dat men mag aannemen dat derden op de hoogte zijn van ingeschreven feiten in het huwelijksgoederenregister.

Hidma⁵¹ komt door zijn afwijkende definitie van huwelijkse voorwaarden tot de slotsom dat de Dozy-clausule daar niet onder valt, zodat zij ook niet in het huwelijksgoederenregister hoeft te worden ingeschreven.⁵² Aan de geldigheid hoeft dit feit niet af te doen omdat de Dozy-clausule in wezen een derdenbeding is.⁵³ De werking ervan begint in principe door de aanvaarding van de derde en is niet aan enige vorm gebonden.⁵⁴ De echtgenoten moeten desgevraagd wel inlichtingen over het bestaan van de clausule verstrekken, aldus Hidma. Indien zij die informatie weigeren, zou dat onrechtmatig zijn jegens de derde. Mocht hem dat door crediteuren van de echtgenoten worden verzocht, dan moet ook de notaris die de akte heeft gepasseerd, een uittreksel verschaffen waar het bestaan van de clausule uit blijkt, aldus Hidma. Hij kwalificeert de crediteuren als onmiddellijk belanghebbenden in de zin van art. 42 Notariswet, waardoor de notaris tot informatieverschaffing verplicht zou zijn, indien de Dozy-clausule inderdaad deel uitmaakt van de huwelijkse voorwaarden. Uit een weigering zouden derden onmiddellijk kunnen afleiden dat de clausule dus niet in de huwelijkse voorwaarden voorkomt.⁵⁵

Los van de vraag of de Dozy-clausule voldoet aan de eisen van huwelijkse voorwaarden die Hidma stelt, zal een notaris de gehele tekst van de huwelijkse voorwaarden inschrijven in het huwelijksgoederenregister, tenzij partijen expliciet om weglating van een bepaald gedeelte verzoeken.⁵⁶ Doordat zij toelaten dat de Dozy-clausule in het huwelijksgoederenregister wordt gepubliceerd,⁵⁷ voldoen zij aan de informatieplicht jegens derden. De notaris daarnaast gehouden om desgevraagd zelf informatie aan derden te verschaffen? Ongeacht de traditioneel vrij enge uitleg van de term ‘belanghebbenden’

49 Asser-Moltmaker nr. 418.

50 De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 396.

51 Diss., p. 76.

52 Het is wel mogelijk dat echtgenoten tot inschrijving overgaan; Hidma, diss., p. 76, in het bijzonder noot 79.

53 Kraan, p. 96; Van Mourik, *Huwelijkvermogensrecht*, p. 138.

54 T&C (Valk) aant. 1 bij art. 6:253 BW.

55 Melis, *Notariswet*, p. 152 e.v. Hidma haalde in zijn dissertatie nog de vorige druk aan, maar op dit punt stemt de nieuwe tekst grotendeels met de vorige druk overeen.

56 Strikt genomen zouden de echtgenoten eigenlijk zelf voor inschrijving moeten zorgen, maar in de regel verzorgt de notaris de nodige inschrijving en is daar ook verantwoordelijk voor. Zie Asser-Moltmaker nr. 431 met verwijzingen naar oude bronnen.

57 Asser-Moltmaker nr. 419, wijst er ook op dat in ieder geval alles moet worden ingeschreven waar echtgenoten zich jegens derden op willen beroepen.

in art. 42 Notariswet⁵⁸ lijkt mij in het licht van recente jurisprudentie geen reden voor bezorgdheid voor de notaris te worden aangenomen. Mijs inziens voldoen schuldeisers van de echtgenoten die belang hebben bij verruiming van de verhaalsmogelijkheden aan de eisen die de Hoge Raad heeft geformuleerd om in aanmerking te komen voor mededeling van het bestaan van de Dozy-clausule.⁵⁹ Hij zal niet in gevaar komen dat hij zijn ambtsgeheim schendt. Omdat de Dozy-clausule zo duidelijk met het oog op derdenwerking is opgesteld, zullen de meeste notarissen het zekere voor het onzekere nemen en de Dozy-clausule inschrijven. Daardoor voorkomen zij alle problemen die in Hidma's opvatting zouden kunnen ontstaan.

In de meeste gevallen zullen derden via de echtgenoten zelf of via het register erachter kunnen komen of de echtgenoten de clausule in hun huwelijkse voorwaarden hebben opgenomen. Zou het toch voorkomen, dat de echtgenoten aan derden (moedwillig of niet) verkeerde informatie geven over het bestaan van de clausule dan heeft dat juridisch weinig effect. Het derdenbeding treedt immers door aanvaarding in werking. Het omvat een wilsrecht voor de derde. Na aanvaarding door een mededeling aan een van de andere partijen of een impliciet beroep op het bestaan van het beding - bijvoorbeeld door er nakoming van te eisen - krijgt de derde de uit het derdenbeding voortvloeiende rechten. Eventuele tegenwerking van de echtgenoten doet daar niet aan af.

De normale regel dat de stipulator een derdenbeding vóór aanvaarding nog kan herroepen is voor de Dozy-clausule niet van toepassing uit de aard van het beding en de plaats ervan.⁶⁰ De huwelijkse voorwaarden als geheel - dus inclusief de Dozy-clausule - waren immers onderwerp van de rechterlijke goedkeuring. Tussentijdse herroeping van de clausule past daar niet bij. Luijten⁶¹ stelt voor dit probleem op te lossen door echtgenoten over en weer als zaakwaarnemer van elkaars crediteuren het beding te laten aanvaarden. Dit lijkt mij een mogelijkheid om de zaak zeker te regelen.

IS NAAST DE RECHTERLIJKE TOETSING VAN ART. 1:119 NOG RUIMTE VOOR TOEPASSING VAN DE ACTIO PAULIANA?

De heersende leer neemt aan dat ondanks goedkeuring van de huwelijkse

58 Voor de geschiedenis van de uitleg van de term 'onmiddellijk belanghebbende' zie Melis, Notariswet, p. 153-154 en Mostart, preadvies BCN 1934, p. 54, 62 e.v., 74-75 waar hij tot een enge uitleg komt op grond van de wetshistorie en de jurisprudentie. Melis/Santen/Waaijer menen dat de enge leer thans is verlaten, maar het lijkt er niet op dat een zodanige verruiming van het begrip heeft plaatsgevonden om daar de opvatting van Hidma onder te begrijpen.

59 Zie HR 11 maart 1994, NJ 1995 3 (Kilbarr/notaris THB) mnt. HJS, waar informatieverstrekking aan derden die benadeeld dreigen te worden door een overeenkomst tussen partijen voor informatieverstrekking door de notaris in aanmerking komen op grond van art. 42 Notariswet. Dit lijkt mij ook op te gaan voor derden die een beroep willen doen op een derdenbeding, achter wier bestaan zij anders niet kunnen komen bij gebreke van een inschrijving in het huwelijksgoederenregister.

60 Zie T&C (Valk) aant. 3 bij art. 6:253; Van Mourik, Huwelijksvermogensrecht, p. 138.

61 Personen- en familierecht II, p. 127.

voorwaarden door de Rechtbank een benadeelde schuldeiser nog een actio Pauliana kan instellen.⁶² Luijten wil dit recht beperken, door aan te nemen dat schuldeisers deze actie niet kunnen instellen als zij door hun opstelling tijdens de goedkeuringsprocedure hun recht hierop hebben verwerkt.⁶³

Om in deze een keuze te maken tussen de genoemde opvattingen en de mening van Van der Ploeg⁶⁴ die naast de rechterlijke goedkeuring geen plaats meer ziet voor een andere actie die de schuldeisers tegen benadeling zou bescherming, moeten wij mijns inziens eerst bekijken welke rechtsfiguur hier een rol zou kunnen spelen, omdat daarvan mede de niet-uitoefening van het vernietigingsrecht afhankelijk kan worden gesteld.

Zou men met Luijten aannemen dat de processuele houding van de schuldeiser van belang is, via welke weg zou deze van invloed kunnen zijn op de uitoefening van de actio Pauliana? Luijten zelf spreekt van rechtsverwerking, welke vormvrij kan plaatsvinden en een verlies van de genoemde bevoegdheid met zich meebrengt. In de categorieën van Valk⁶⁵ heeft deze vorm van rechtsverwerking geen plaats. In zijn visie hebben wij te maken met een geval van afstand van recht. Het lijkt mij, zo men deze weg zou bewandelen, overigens niet te gaan over de afstand van een recht in de zin van art. 6:160 BW, welke in het huidige recht de vorm van een afstandsovereenkomst heeft gekregen.

Mijns inziens betreft het hier een geval dat door Hartkamp wordt beschreven⁶⁶ waarbij eenzijdig afstand van een bevoegdheid wordt gedaan. Naar het NBW valt dit geval bij de bevoegdheid om gebruik te maken van de actio Pauliana ook onder art. 3:55, bevestiging.⁶⁷ In ieder geval zal, wil men het tenietgaan van de bevoegdheid tot het invoeren van de actio Pauliana aannemen, de schuldeiser zich bewust moeten zijn van het recht waarvan hij afstand doet.⁶⁸ De schuldeiser zou zich, om terug te komen op het concrete geval, bewust moeten zijn dat hij zijn bevoegdheid om de actio Pauliana in te stellen, verliest door de afstand van recht.⁶⁹ Aangezien ook nog een Pauliana-actie mogelijk is ten aanzien van vorderingen die de schuldeiser op de schuldenaar verkrijgt nadat de aantastbare rechtshandeling is verricht, lijkt mij dit

62 Vermogensrecht (Mellema-Kranenburg), aant. 5 bij art. 3:45; Mellema-Kranenburg, Pauliana, p. 15-16; Asser-Moltmaker nr. 398, 401; Hidma, diss., p. 84-85.

63 Klaassen-Eggens-Luijten, p. 203.

64 Van der Ploeg, WPNR 4502 (1957), p. 346-347.

65 Zie zijn dissertatie over rechtsverwerking.

66 Asser-Hartkamp III nr. 615.

67 Zie voor de vraag of dit soort afstand van recht of afstand van een bevoegdheid om zich te beroepen op de vernietigbaarheid van een rechtshandeling op grond van art. 3:42 e.v., en de bevestiging op grond van art. 3:55 louter twee kanten van dezelfde medaille zijn: Hijma, diss., p. 162-173. Bevestiging op grond van art. 3:55 leidt tot verval van de bevoegdheid om zich op een bepaalde vernietigingsgrond te beroepen; MvT II Inv., PG Inv. 3, 5 en 6, Bock 3, p. 1172.

68 Asser-Hartkamp III nr. 615 met verwijzingen naar oudere rechtspraak.

69 Zo ook bij toepassing van art. 3:55, waar dit in de MvA II wordt gekoppeld aan het reeds zijn begonnen van de verjaringstermijn van de vernietigingsactie om de bevoegdheid te verliezen, haar alsnog in te kunnen stellen.

vereiste problematisch omdat hij niet reeds ten tijde van de goedkeuringsprocedure kan weten dat hij ten aanzien van een later ontstane vordering op de echtgenoten alsnog een actio Pauliana kan instellen. In dat geval kan hij door zijn processuele houding tijdens de procedure nooit een bevoegdheid kwijtra-ken dit hij nog niet heeft.

Met dit argument is mijns inziens in ieder geval de minderheidsopvatting van Van der Ploeg te verwerpen, dat art. 1:119 een uitputtende bescherming tegen benadeling van schuldeisers zou bieden.

Het is daarnaast niet altijd mogelijk voor de rechter om een dusdanig omvattend beeld van de omstandigheden te krijgen dat hij alle mogelijke paulianeuze benadelingen zou kunnen overzien of voorzien. Volgens Hidma⁷⁰ werkt de oproeping van schuldeisers niet naar behoren zodat het de rechter vaak aan voldoende informatie zal ontbreken. Daarnaast zou voldoende onderzoek erg tijdrovend zijn.⁷¹

Samenvattend en concluderend is vast te stellen dat verschillende redenen van praktische en theoretische aard de mogelijkheid voor schuldeisers open gelaten wordt om naast de rechterlijke goedkeuring van art. 1:119 alsnog de actio Pauliana in te stellen. De opvatting van Luijten dat de schuldeiser door de processuele houding tijdens de goedkeuringsprocedure zijn vernietigingsrecht zou kunnen verliezen, lijkt naar huidig recht niet goed verdedigbaar. De schuldeiser zou - mits men uitgaat van een bijzondere rechtsfiguur 'afstand van bevoegdheid' - zich tenminste bewust moeten zijn van de bevoegdheid waarvan hij afstand doet.

Kwalificeert men deze gang van zaken als 'bevestiging' in de zin van art. 3:55 dan zou de bevestiging stilzwijgend kunnen plaatsvinden, art. 3:37. Het zou zelfs kunnen voorkomen dat vanuit de zicht van de echtgenoten een schijnbevestiging tot stand komt ex art. 3:35.⁷² Daarvoor geldt wel de eis dat de echtgenoten redelijkerwijs mochten aannemen dat de schuldeiser wilde dat zijn vernietigingsbevoegdheid op grond van de Pauliana zou vervallen.

Gezien het voorgaande komt het mij voor dat deze constellatie zich uiterst zeldzaam zal voordoen. In beginsel wil ik mij derhalve aansluiten bij de schrijvers die de mogelijkheid van een actio Pauliana naast de rechterlijke goedkeuring willen openlaten.⁷³

70 Hidma, diss., p. 78 en 85.

71 Van Mourik, *Huwelijksvermogensrecht*, p. 137.

72 De MvT Inv., (PG Inv. 3, 5 en 6, Boek 3) p. 1172, wijst erop dat, mocht door de bevestiging de bevoegdheid om de vernietigingsactie in te stellen zijn vervallen, dit de andere gevolgen, zoals de actie tot schadevergoeding niet ook teniet doet gaan. Dit geldt mijns inziens ook voor de opwekking van de gerechtvaardigde schijn dat bevestiging heeft plaatsgevonden.

73 Reeds genoemd: *Vermogensrecht* (Mellema-Kranenburg), aant. 5 bij art. 3:45; Mellema-Kranenburg, *Pauliana*, p. 15-16; Asser-Moltmaker nr. 398, 401; Hidma, diss., p. 84-85.

BESCHERMING VAN PRIVÉSCHULDEISERS?

De Dozy-clausule is niet toereikend om de belangen van alle schuldeisers bij opheffing van de gemeenschap van goederen veilig te stellen. Privéschuldeisers van een der echtgenoten, die voor de opheffing van de gemeenschap ook verhaal hadden op de gemeenschap kunnen na de beëindiging ervan geen verhaal meer nemen op goederen die aan de andere echtgenoot zijn toegescheiden. Zij zijn dan aangewezen op het deel van de gemeenschapsgoederen dat aan de echtgenoot-debiteur is toebedeeld en diens (oorspronkelijke) privégoederen. Daarmee wordt hun verhaalsmassa verminderd. De Dozy-clausule neemt dit nadeel niet weg omdat zij slechts ziet op gemeenschapsschulden, zie hierboven.

De rechter kan bij de goedkeuringsprocedure rekening houden met de werking van de Dozy-clausule mits hij op tijd van het bestaan van deze vorderingen op de hoogte is. In gevallen waar dit niet voldoende soelaas biedt, zou een dergelijke schuldeiser nog de actio Pauliana als mogelijke remedie hebben.⁷⁴ Uitbreiding van de Dozy-clausule op deze schulden zou niet terecht zijn omdat dan de mogelijkheid bestaat bij insolventie van de echtgenoot met grote privéschulden (uit de tijd dat de wettelijke gemeenschap nog van toepassing was), dat bij betaling van die schulden door de andere echtgenoot deze verstoken blijft van de verrekeningsmogelijkheden ervoor. Zo draait hij op voor de privéschulden van de ander. Vooral bij verknochte goederen druist dit in tegen het rechtsgevoel. Andersom zouden ook activa uit het ene privévermogen kunnen worden uitgewonnen ten bate van privéschulden van de andere echtgenoot. Dit lijkt mij in strijd met de bedoeling van de wetgever inzake verknochte goederen die het privévermogen vormen, maar ook niet in overeenstemming met de bedoeling van diegenen die iets onder uitsluitingsclausule aan de betalende echtgenoot hebben vererfd.

B. DE WEDERPARTIJ IS NIET OP DE HOOGTE VAN DE REGIMEWIJZIGING EN WORDT DIT OOK NIET GEACHT TE ZIJN

Voor deze schuldeisers lijkt op het eerste gezicht hetzelfde te moeten gelden als voor crediteuren die te maken hebben met ongepubliceerde voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden. In beide gevallen is immers de rechtshandeling met de echtgenoot verricht staande huwelijk, terwijl voordat de uitvoering ervan is voltooid, ineens een ander regime is gaan gelden.⁷⁵ Moltmaker⁷⁶ wijst er op dat men hierbij een onderscheid kan maken tussen gevallen waarin de rechtsverhouding al bestond ten tijde van het aangaan van de huwelijksvoorwaarden, en de situatie dat dit niet het geval is. In de tweede variant zal eerst rechterlijke goedkeuring voor de huwelijksvoorwaarden zijn verleend, waarna - voor de publicatie ervan - de verbintenis van de echtgenoot jegens de derde

74 Zie Hidma, oratie, p. 10; Mellema-Kranenburg, Pauliana, p. 15.

75 De 'voorhuwelijkse variant' is behandeld in onderdeel 14.3.

76 Asser-Moltmaker nr. 427-428.

tot stand kwam. In het eerste geval heeft de rechter de onderhavige schuld wel kunnen betrekken bij zijn toetsing.

I. De verbintenis ontstond voor het sluiten van de huwelijksvoorwaarden
Volgens Moltmaker en De Bruijn-Soons-Kleijn⁷⁷ moet in dit geval worden aangenomen dat de echtgenoten altijd hun huwelijksvoorwaarden aan de derde kunnen tegenwerpen omdat diens belang door de rechter is meegewogen bij de toetsing. Volgens De Bruijn-Soons-Kleijn geldt de bescherming van art. 120 leden 2 en 3 alleen voor de situatie dat de huwelijksvoorwaarden ouder zijn dan de verbintenis van de derde jegens een der echtgenoten. Moltmaker wijst erop dat dit zou leiden tot het ongewenste resultaat dat echtgenoten ook hun ongepubliceerde huwelijksvoorwaarden aan de derde zouden kunnen tegenwerpen. Luijten laat zich hier helaas niet over uit, terwijl Van der Burght⁷⁸ werking wil aannemen na 14 dagen na de publicatie.

Aangezien ik niet kan meegaan in de bijzondere uitleg van art. 120, omdat mijns inziens deze niet in de tekst kan worden gelezen, en ik ook niet blij ben met de door Moltmaker als ongewenst gekwalificeerde uitzondering dat ongepubliceerde feiten aan onkundige derden zouden worden tegengeworpen, lijkt mij de opvatting van Van der Burght de meest passende. Enerzijds sluit zij aan bij de regel dat alleen gepubliceerde stukken kunnen worden tegengeworpen aan derden die er subjectief niet van op de hoogte zijn; anderzijds houdt zij rekening met het feit dat de rechter bij de goedkeuring rekening heeft gehouden met de belangen der echtgenoten.

Dit leidt samenvattend voor het onderhavige geval tot de opvatting dat schuldeisers wier vordering tot stand gekomen is voor het opstellen van de huwelijksvoorwaarden, deze alleen tegen zich hoeven laten te werken nadat 14 dagen zijn verstreken na de inschrijving ervan. Dit geldt vanzelfsprekend alleen indien derden niet langs andere weg kennis hadden van de huwelijksvoorwaarden.

II De verbintenis ontstond na het sluiten van de huwelijksvoorwaarden maar voor de registratie ervan

Hiervoor geldt nog een oud arrest van 1881, zo leert de heersende opvatting het tegenwoordig nog steeds:⁷⁹ door latere publicaties kunnen de echtgenoten geen verandering aanbrengen in de positie van hun crediteuren. Deze mogen ervan uitgaan dat zij verhaal mogen nemen als waren de huwelijksvoorwaarden niet gesloten.⁸⁰ Moltmaker en Soons⁸¹ brengen hierop een nuancering aan: men moet zoveel mogelijk ervoor zorgen dat de werkelijke verhaalsmo-

77 Asser-Moltmaker nr. 426; De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 457.

78 Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 317, 3e situatie.

79 HR 25 november 1881, W. 4714.

80 Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 317-318; Klaassen-Eggens-Luijten, p. 227, 1e variant.

81 Asser-Moltmaker nr. 428 en De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 457.

gelijkheden van de schuldeiser overeenstemmen met die in de fictieve situatie dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst de wettelijke gemeenschap geldt voor de echtgenoot-wederpartij. Latere verkrijgingen door de andere echtgenoot moeten in hun visie meegerekend worden, voorzover dit leidt tot een correctie van de omvang van de fictieve gemeenschap. Bij zaaksvervanging wordt verhaal daarmee ook mogelijk op het substituut van een eerder aanwezig goed. Verkrijgt de andere echtgenoot daarentegen later een nieuw goed dan hoeft de crediteursbescherming zich niet ook tot dat goed uit te strekken: dat goed was er immers nog niet toen de derde de overeenkomst sloot met de echtgenoot. In theorie kan ik mij wel verenigen met de meer genuanceerde opvatting maar ik wil daar wel bij aantekenen dat de praktische toepassing van deze leer mij erg lastig voorkomt. De derde zal in het algemeen nauwelijks zicht hebben op de verkrijgingen van de echtgenoten. Wellicht zou de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 hierbij in zoverre een rol kunnen spelen dat hieruit een informatieplicht voortvloeit voor de handelende echtgenoot jegens zijn schuldeiser, maar concrete aanknopingspunten voor deze optie zijn niet voorhanden.

14.5.2 Overgang van een stelsel van scheiding van goederen naar de wettelijke gemeenschap

In dit geval is het niet nodig dat echtgenoten een Dozy-clausule opnemen omdat de overgang reeds meebrengt dat alle schulden op de gemeenschap verhaalbaar worden. In de regel zullen daardoor de verhaalsmogelijkheden toenemen. Mocht dat onverhoopt niet het geval zijn dan geldt het bovenstaande analoog: tegenwerping van latere huwelijkse voorwaarden aan daarvan kundige derden is altijd mogelijk; onkundige derden beschermt in ieder geval de 14-dagen-termijn van art. 1:120.

Eerdere huwelijksvoorwaarden mogen geen verslechteringen teweeg brengen als zij te laat zijn ingeschreven, zoals hiervoor is uitgevoerd. In het onwaarschijnlijke geval dat echtgenoten door de boedelmenging een verslechtering van de verhaalspositie veroorzaken, kan deze niet aan de derde worden tegengeworpen.

14.6 Veranderingen van verhaalsmogelijkheden door een bestuursopdracht

Voor derden blijft de vraag open, op wiens vermogen zij zich voor obligatoire handelingen kunnen verhalen, die de handelende echtgenoot heeft verricht. Daarin is ook na de invoering van het nieuwe recht geen duidelijkheid gekomen. Open blijft, of de echtgenoot aan wie het bestuur is ontnomen, in zijn

privé-goederen wordt gebonden door overeenkomsten die de andere echtgenoot met betrekking tot gemeenschapsgoederen en daarmee als vertegenwoordiger voor de ander heeft gesloten, (art. 1:91 lid 4). De andere vraag die niet beantwoord is, betreft de privé-aansprakelijkheid van de andere echtgenoot voor overeenkomsten, die hij voor de ander heeft gesloten. Moltmaker⁸² beantwoordt de eerste vraag ontkennend en de tweede bevestigend. Hij wijkt daarmee af van de toelichting op deze nieuwe regeling,⁸³ die de echtgenoot aan wie het bestuur is overgedragen, als echte vertegenwoordiger van de andere echtgenoot opvat, mits hij zich natuurlijk aan de regels houdt die de rechter eventueel aan de bestuursopdracht heeft verbonden. Ik denk dat gezien de rechtszekerheid er geen reden is om van de wettelijke regeling af te wijken. Waarom zou men niet strikt vasthouden aan de vertegenwoordigingsconstructie, waardoor de bestuursonbevoegde echtgenoot gebonden wordt door obligatoire rechtshandelingen die door de vertegenwoordigende echtgenoot worden verricht?⁸⁴ Voorzover de echtgenoot in eigen naam handelt, is deze zelf gebonden aan de rechtshandeling en de ander alleen met zijn goederen die zich in het gemeenschappelijk vermogen bevinden. Die ander wordt dan geen partij en kan dus ook nooit met zijn privé-goederen aansprakelijk zijn voor zulk een overeenkomst. Deze zienswijze brengt met zich mee dat de normale vertegenwoordigingsregels blijven gelden, dat de derde van bepaalde rechtshandelingen gewoon partij kan worden waardoor hij de daaraan verbonden rechten kan uitoefenen, en derden is gelijk duidelijk in welke hoedanigheid de handelende echtgenoot optreedt en welke vermogens tot verhaal kunnen dienen. Deze opvatting geniet daarom mijn voorkeur.

14.7 De positie van derden nadat afstand van de gemeenschap is gedaan, art. 1:104 BW

Een echtgenoot kan aan de gevolgen van art. 1:102 bij de beëindiging van de gemeenschap ontkomen door afstand van de gemeenschap te doen.⁸⁵ Daarmee kan worden voorkomen dat de echtgenoot die afstand doet, voor de helft aansprakelijk wordt voor gemeenschapsschulden die hij niet zelf heeft aangegaan. In het vervolg ga ik voor de eenvoud en overzichtelijkheid uit van het echtpaar Arent en Belinda, waarbij Belinda afstand van de gemeenschap doet.

Belinda is dan niet meer aansprakelijk voor gemeenschapsschulden waar zij voor het einde van de gemeenschap ook niet aansprakelijk voor was. Dit betreft dus gemeenschapsschulden die Arent heeft aangegaan. Als zij deze

⁸² Asser-Moltmaker nr. 283.

⁸³ PG Aanpassing BW, p. 47-48.

⁸⁴ Zo ook Luijten, Personen- en familierecht II, p. 39-40.

⁸⁵ In verband met de erfrechtelijke gevolgen laat ik de afstand in de situatie dat het huwelijk door de dood eindigt, buiten beschouwing. Dit zou te ver buiten mijn onderzoek voeren.

schulden toch heeft voldaan, dan kan zij het betaalde bedrag van Arent terugvorderen.

Daar staat tegenover dat zij, afgezien van beddengoed en wat kleding niets uit de gemeenschap mag meenemen, terwijl zelfs haar familiestukken alleen tegen de geschatte prijs kunnen worden overgenomen. Daarnaast blijft zij aansprakelijk voor de schulden waarvoor zij voordien ook aansprakelijk was, art. 103 lid 5.⁸⁶ Bij schulden waarvoor beide echtgenoten voor het geheel aansprakelijk waren of waarvoor alleen een echtgenoot aansprakelijk was, geldt een compensatieregeling indien een echtgenoot meer dan zijn deel heeft betaald, leden 5 en 6.

Ter illustratie hiervan het volgende. Als een van beiden een schuld voor het geheel heeft betaald waarvoor de ander ook aansprakelijk was, bijvoorbeeld de rekening van de kruidenier,⁸⁷ dan kan deze echtgenoot de helft van dat bedrag van de ander terugvorderen. Dit geldt voor beide echtgenoten gelijkelijk.

Anders wordt het als het gaat om een schuld van Arent bij de juwelier, die niet onder art. 1:85 valt. Als Belinda deze schuld heeft voldaan dan kan zij het bedrag van Arent terugvorderen. Dat is ook logisch, omdat nu alle gemeenschapsgoederen aan Arent toekomen. Andersom is het niet zo logisch: als Belinda de schuld bij de juwelier heeft aangegaan, dan moet zij de schuld zelf dragen, zo blijkt uit de wet, art. 103 leden 5 en 6. Dit is niet juist als de tegenwaarde van de schuld aan de gemeenschap ten goede is gekomen. Asser-Molmaker pleit er dan ook voor om de draagplicht van Belinda, om even in het voorbeeld te blijven, op te heffen voorzover zij kan aantonen dat de gemeenschap door de schuld is gebaat.⁸⁸ Voor crediteuren blijft voor deze schuld nog wel de regel van art. 1:102 in stand jegens Arent. Hij is dus wel voor de helft van de gemeenschapsschulden aansprakelijk die Belinda heeft aangegaan, waardoor de crediteuren van deze schulden hiervoor verhaal kunnen nemen op Arents complete vermogen. Later kan hij het teveel betaalde met Belinda verrekenen.

Een ander motief om afstand van de gemeenschap te doen ligt op een heel ander vlak: door afstand te doen van een gemeenschap met positief saldo vindt een bevoordeling van de andere echtgenoot plaats die valt onder de beperking van art. 7A:1715 (schenkingen tussen echtgenoten zijn vernietigbaar door de schenker).⁸⁹ In dat geval moet ook worden voldaan aan de vorm-

86 Recentelijk heeft de Hoge Raad beslist, dat bij afstand van de gemeenschap de werking van art. 1:102 niet kan worden uitgebreid door van de echtgenoten te eisen, om een Dozy-clausule op te nemen als deze afstand is geschied nadat de echtgenoten van de wettelijke gemeenschap waren overgegaan op scheiding van goederen om deels aan de gevolgen van een eerder faillissement van de man te ontkomen; HR 21 februari 1997, RvdW 1997 51C.

87 De dubbele aansprakelijkheid vloeit hier voort uit art. 1:85 BW.

88 Asser-Molmaker nr. 373.

89 Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer p. 272; Klaassen-Eggens-Luijten p. 180, noot 309, neemt toepasselijkheid van art. 7A:1715 alleen aan als tijdens de afstand het huwelijk nog bestaat. Dit lijkt mij terecht.

vereisten van huwelijkse voorwaarden (art. 1:146); anders is de schenking ondanks alles nietig.⁹⁰

De mogelijkheid om afstand te doen van de gemeenschap kan niet worden uitgesloten; dit artikel is van dwingend recht, zie art. 1:103 lid 1 slot.⁹¹ Afstand moet worden gedaan bij een akte, onderhands of authentiek die moet worden ingeschreven in het Huwelijksgoederenregister. De werking van de afstand van de gemeenschap is afhankelijk van de inschrijving van die akte. Blijft inschrijving binnen drie maanden na ontbinding van de gemeenschap achterwege, dan is de afstand nietig, ook tussen de echtgenoten zelf. Inschrijving van de afstand van de gemeenschap is dus anders dan bij inschrijving van andere feiten die in dit register worden ingeschreven, een constitutief element.⁹² Na de inschrijving werkt de afstand jegens een ieder. In de tussentijd is het mogelijk dat Belinda zich de goederen der gemeenschap aantrekt⁹³ of deze - geheel of gedeeltelijk - wegmaakt of verduistert, art. 1:107 lid 1. Gewone bestuurshandelingen vallen hier niet onder, aldus de wet; hier is boos opzet vereist.⁹⁴ Ook rechtshandelingen die geen uitstel kunnen lijden, zullen niet als afstand kunnen worden gekwalificeerd.⁹⁵

Bij een zich aantrekken van goederen komt de afstand van de gemeenschap niet tot stand. Vindt wegmaking of verduistering na de afstand plaats, dan herleeft de aansprakelijkheid voor de schulden, genoemd in art. 1:103 lid 4, dus die schulden waarvoor zij zonder de afstand op grond van art. 1:102 aansprakelijk geworden zou zijn.⁹⁶

IS AFSTAND EEN ABSTRACTE OF EEN CAUSALE RECHTSHANDELING?

Vroeger was men in het algemeen op grond van een oud arrest van de Hoge Raad⁹⁷ van mening dat afstand een abstracte rechtshandeling was, wier geldigheid niet afhing van een geldige causa. In dat geval was er sprake van een afstandsverklaring van een 'zeer solvabele gemeenschap', zoals Van der Burght⁹⁸ het noemt, om daarmee de echtscheiding te 'kopen' hetgeen door de rechter als een overeenkomst in strijd met de goede zeden werd gekwalifi-

90 Asser-Moltmaker nr. 370. Zoals gezegd, zal art. 7A:1715 bij de invoering van het nieuwe schenkingsrecht vervallen.

91 Voor een bespreking van de vraag of men zich in een overeenkomst tot het doen van afstand kan verplichten zie Lubbers-Hidma, aantekening 2 bij art. 1:103 met verdere verwijzingen.

92 HR 31 oktober 1980, NJ 1981 310 mnt. EAAL. Eventueel kan de termijn worden verlengd, art. 1:106. Zie Luijten, Personen- en familierecht II, p. 74.

93 Zie HR 29 april 1988, NJ 1989 155 mnt. EAAL en de bespreking van dit arrest door Valter, WPNR 5919 (1989). Dit is een juridisch begrip, anders dan de meer feitelijke begrippen 'wegmaken' en 'verduisteren'. Luijten, Personen- en familierecht II, p. 74.

94 Luijten, Personen- en familierecht II, p. 74.

95 HR 12 juni 1987, NJ 1988 39 mnt. G en EAAL, besproken door Luijten in het Rechtspraakoverzicht, WPNR 6098 (1993).

96 Voor details zie Valter, WPNR 5919 (1989).

97 HR 24 juni 1938, NJ 1939 337 mnt. PS; Valter, WPNR 5919 (1989) geeft verschillende opvattingen over dit probleem weer.

98 Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 274.

ceerd. Dat had geen invloed op de geldigheid van de afstand van de gemeenschap.⁹⁹

Een deel van de literatuur¹⁰⁰ neemt tegenwoordig aan dat het een causale rechtshandeling is. Het Hof Den Haag¹⁰¹ oordeelde een afstand nietig op grond van misbruik van omstandigheden, maar in de formulering werd niet geheel duidelijk of de nietigheid het gevolg was van de vernietiging van de titel of van de afstand zelf.

Terecht merken De Bruijn-Soons-Kleijn op¹⁰² dat het de rechtszekerheid niet ten goede komt als later een afstand van de gemeenschap vernietigd kan worden op grond van bijvoorbeeld een wilsgebrek bij degene die afstand doet. Dat is op zich juist maar er zijn veel meer rechtsgebieden in het vermogensrecht die onder deze omstandigheid lijden. Het is mijns inziens geen voldoende reden om de leer van de causale werking van de afstand niet toe te passen. Bovendien is het nog maar de vraag waarom juist in dit gebied van het recht het overigens geldende causale stelsel losgelaten zou moeten worden.

Luijten¹⁰³ wijst erop dat de door het abstracte stelsel van de afstand benadeelde echtgenoot binnen de grenzen van de ongerechtvaardigde verrijking van art. 6:212 schadevergoeding kan vorderen. Is dit voldoende grond om de mening van de Hoge Raad uit 1938 nog steeds aan te houden hoewel deze tegen het inmiddels aanvaarde causale stelsel voor het overige (vermogens-) recht indruist?¹⁰⁴ Het komt mij voor dat deze vraag niet eenduidig is te beantwoorden. Enerzijds staat voor de abstracte leer dat dit nog steeds het laatste arrest in deze materie is. Anderzijds moet men vaststellen dat dit arrest is gewezen voordat een definitieve keuze in het overige recht was gemaakt voor het causale stelsel, en er behalve de rechtszekerheid weinig argumenten zijn om een abstracte afstand van de gemeenschap te construeren.

DE GEVOLGEN VAN DE AFSTAND VOOR DE CREDITEUREN DER GEMEENSCHAP

Het is verleidelijk om ervan uit te gaan dat door de afstand van de gemeenschap de verhaalsmogelijkheden voor gemeenschapscrediteuren drastisch zullen veranderen. Ook Gerbrandy¹⁰⁵ en Versteeg¹⁰⁶ zijn in die kuil gevallen.

99 Klaassen-Eggens-Luijten, p. 180, noot 312 met verdere verwijzingen.

100 Mijnssen, oratie, p. 11-12; Valter, WPNR 5919 (1989); Asser-Moltmaker nr. 370; Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 274. De leer van de abstracte werking wordt verdedigd in De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 323; en bij Klaassen-Eggens-Luijten, p. 180 en Luijten, Personen- en familierecht II, p. 77.

101 Hof Den Haag 22 december 1983, NJ 1985 860.

102 De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 325.

103 Klaassen-Eggens-Luijten, p. 180, noot 313; Luijten, Personen- en familierecht II, p. 77.

104 De Hoge Raad heeft immers pas later in het arrest Damhof/Staat, HR 5 mei 1950, NJ 1951 1, de keuze gemaakt voor het causale stelsel in het overige vermogensrecht. Daarna heeft de Hoge Raad zich niet meer uitdrukkelijk over het rechtskarakter van de afstand van de gemeenschap uitgesproken.

105 Handelingen II, 1955/56, p. 2710.

106 WPNR 4450 (1956).

Al Minister Van Oven¹⁰⁷ merkte op dat dit niet juist is.¹⁰⁸ Alle schuldeisers die eerder verhaal konden nemen op de gemeenschap, kunnen dat na de afstand nog doen. Dit is in overeenstemming met de regeling bij beëindiging van de gemeenschap, bijvoorbeeld door het maken van huwelijkse voorwaarden. Daar blijft ook de mogelijkheid bestaan om verhaal te nemen op de 'dode' gemeenschap, zolang deze nog bestaat,¹⁰⁹ maar deze mogelijkheid wordt steeds minder waard naarmate de uitgaven blijven doorlopen ten laste van de gemeenschap, maar de inkomsten in de privévermogens vloeien. De Dozy-clausule poogt aan dit proces zijn scherpte te ontnemen. Bij afstand van de gemeenschap is deze uitweg niet nodig omdat de schuldeisers van Arent precies dezelfde vermogens als verhaalsobject hebben: vanwege de vermenging van de gemeenschap met Arents privégoederen komt nu alles aan hem persoonlijk toe. De crediteuren van Belinda hebben ook nog verhaal op de oude gemeenschap (ook al komt zij nu aan Arent toe) en op Belinda's privévermogen. Hierin verandert derhalve ook niets.

Valter¹¹⁰ ziet dit anders voor een bepaalde casuspositie. Het is mogelijk dat een crediteur verhaal kan hebben op de gemeenschap en er bij een vernietiging van de overeenkomst tot afstand van de gemeenschap (in de abstracte leer) erachter zou komen dat hij, achteraf gezien, ook de mogelijkheid had gehad om zich te verhalen op privévermogen van Belinda. Volgens mij zou dat alleen mogelijk zijn door de werking van art. 1:102, omdat dit de enige manier is dat een schuldeiser achteraf verhaal blijkt te hebben op een privévermogen van een der echtgenoten, dat hij daarvoor niet had. Zij lijkt voor dat geval de mogelijkheid van de actio pauliana of onrechtmatige daad voor het verkrijgen van schadevergoeding voor derden aan te nemen.

Ik vraag mij in ieder geval af of aan de schuldeiser schadevergoeding toe komt in het geval dat conform de abstracte leer de afstand in stand zou blijven. Objectief komt hij door de afstand niet in een slechtere positie. Hij mist alleen de extra verhaalsmogelijkheden die art. 1:102 biedt. Ik ben ertegen om dit gemiste voordeel te vergoeden omdat deze situatie zich hier niet voordoet; er is immers geen beëindiging van de gemeenschap die valt onder de regeling van art. 1:102.

Bij toepassing van de leer der causale werking behoeven deze correcties niet te worden toegepast.

Praktische problemen kunnen eventueel rijzen bij het bepalen van hetgeen wel of niet tot de gemeenschap behoorde ten tijde van de afstand van Belinda. Ik denk dat het aan Arent is om te bewijzen dat iets toen al privé was. Voor hem is dit makkelijker aantoonbaar, omdat hij daar nadere informatie over heeft. Vanwege het beperkte karakter van het privévermogen (goederen

107 Handelingen II 1955/1956, p. 2726.

108 Zo ook De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 330; Klaassen-Eggens-Luijten, p. 178-179.

109 Klaassen-Eggens-Luijten, p. 179.

110 Valter, WPNR 5919 (1989).

kunnen er alleen maar via een beperkt aantal criteria toe behoren, art. 1:94 lid 3) mag dat geen onoverkomelijke problemen opleveren.

DUBBELE AFSTAND

Indien het saldo van de gemeenschap negatief zou zijn bij de afstand van Belinda, dan hoeft Arent daar niet de gevolgen van te dragen. Arent kan ook afstand doen. Door de eerste afstand komen hem dan wel de activa en passiva van de gemeenschap toe maar hij moet tengevolge van de tweede afstand de gemeenschap afrekenen als bij een beneficiaire aanvaarding,¹¹¹ art. 1:108 lid 2 en 3.¹¹² Dat betekent dat hij niet als bij een enkele afstand van Belinda voor de helft aansprakelijk wordt voor de gemeenschapsschulden die zij heeft aangegaan.

Mocht een positief saldo overblijven (wat niet waarschijnlijk is) dan komt dat aan Arent toe. Voor derden heeft dat tot gevolg dat ten aanzien van alle schulden de echtgenoten aansprakelijk blijven zoals bij een enkele afstand: aansprakelijkheid voor alle schulden die men zelf heeft aangegaan; dubbele aansprakelijkheid voor schulden waarvoor echtgenoten al gezamenlijk aansprakelijk waren.¹¹³ Voor het verhaal van de schuldeisers houdt dit in dat de gemeenschapsschulden op de vermogensbestanddelen van de gemeenschap worden afgerekend voorzover deze - in uitzonderingsgevallen - toereikend zijn. Daarnaast is verhaal mogelijk op het privévermogen van de echtgenoot die schuldenaar is. Hiermee zijn de verhaalsmogelijkheden voor de schuldeisers niet veranderd.

14.8 Echtgenoten verzoenen zich na een scheiding van tafel en bed

Bij een scheiding van tafel en bed eindigt de gemeenschap van goederen, art. 1:99. In de meeste gevallen leidt zulk een scheiding van tafel en bed tot een definitieve ontbinding van het huwelijk, maar in sommige gevallen gebeurt wat de wetgever voor ogen stond: partijen verzoenen zich weer. Voor het paar is dit een gelukkige omstandigheid, maar zij heeft vermogensrechtelijk nogal wat voeten in de aarde.

14.8.1 Echtgenoten waren gehuwd in de wettelijke gemeenschap

In dit geval gaat het huwelijksvermogensregime van scheiding van goederen na de ontbinding van de gemeenschap tengevolge van de verzoening over in de wettelijke gemeenschap, zonder dat er een rechterlijke toetsing ten aanzien van de belangen van derden kan plaatsvinden. Dit is vergelijkbaar met de

111 De afrekening bij beneficiaire aanvaarding wordt geregeld in de art. 4:1076 e.v.

112 De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 333; Asser-Moltmaker nr. 376.

113 Compendium personen- en familierecht nr. 79; Asser-Moltmaker nr. 376.

huwelijksluiting waar theoretisch ook benadeling van schuldeisers kan optreden zonder rechterlijke toets. Ook hier zou ik willen aannemen dat schuldeisers zich niet met de actio pauliana tegen deze benadeling kunnen beschermen. De situaties vertonen naar mijn mening voldoende overeenkomsten om dezelfde oplossing te rechtvaardigen.

Dit geval is voor schuldeisers zelfs nog lastiger omdat de rechtsgevolgen van de verzoening intern dadelijk intreden en de inschrijving van de verzoening daarvoor niet bepalend is. Jegens onkundige derden geldt de verzoening dadelijk nadat echtgenoten de verzoening op dezelfde wijze bekend hebben gemaakt als destijds de scheiding van tafel en bed was gepubliceerd, art. 1:177. Opmerkelijk is dat de wetgever ten aanzien van de inschrijving van de verzoening niet een veertien dagen-termijn in de wet heeft opgenomen, zoals bijvoorbeeld bij huwelijkse voorwaarden of andere gevallen waarin verandering van regime plaatsvindt. Verzoening is tenslotte geen rechtsfeit waar men dagelijks op verdacht hoeft te zijn.¹¹⁴

KAN MEN DOOR HUWELIJKSE VOORWAARDEN VOORKOMEN DAT ER WEER GEMEENSCHAP VAN GOEDEREN ONTSTAAT OP HET MOMENT VAN VERZOENING? Blijkens oude jurisprudentie is dit waarschijnlijk wel mogelijk.¹¹⁵ Een andere oplossing gaf Schoordijk in zijn antwoord op een rechtsvraag in het WPNR.¹¹⁶ In het onderhavige geval waren echtgenoten oorspronkelijk gehuwd in de wettelijke gemeenschap van goederen. Bij de scheiding van tafel en bed had de gemeenschap haar einde gevonden. Het vonnis werd in het huwelijksgoederenregister ingeschreven en de gemeenschapsgoederen werden verdeeld. Later verzoenden partijen zich en gingen weer samenwonen.¹¹⁷ Welk gevolg had dit voor hun huwelijksvermogensrechtelijke situatie? De vraagsteller vroeg toen of partijen door het maken van huwelijkse voorwaarden vóór het inschrijven van de verzoening konden voorkomen dat de wettelijke gemeenschap van goederen zou herleven. Schoordijk antwoordde dat op grond van art. 1:176 lid 1 de gemeenschap was herleefd op het moment dat zij zich weer verzoenden. Het feit dat inschrijving van de verzoening nog niet had plaatsgevonden deed niets af aan het herleven van de gevolgen van het eerste huwelijk. De oplossing van de vraagsteller - inschrijving van huwelijkse voorwaarden inhoudende een scheiding van goederen vóórdat de verzoening werd ingeschreven - is derhalve niet afdoende om te voorkomen dat de wettelijke gemeenschap van goederen herleeft, aldus Schoordijk.

De rechtsvraag had mijns inziens in navolging van het reeds genoemde Hof

114 De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 455.

115 Zo ook Hof Amsterdam 14 september 1960, NJ 1961 130, zie Van der Ploeg, WPNR 4674 (1961); De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 132.

116 WPNR 6015 (1991).

117 Zie Luijten, Personen- en familierecht II, p. 140-141, omtrent de vraag wanneer verzoening kan worden aangenomen.

Amsterdam-arrest wel in de gewenste zin kunnen worden opgelost, mits partijen voor de daadwerkelijke verzoening huwelijkse voorwaarden in de gewenste zin hadden gemaakt. Na de verzoening zouden deze in werking treden en was het ontstaan van de gemeenschap voorkomen.

Volgens mij staat de opvatting van Luijten¹¹⁸ daaraan niet in de weg, omdat hij er alleen tegen pleit dat echtgenoten tijdens de scheiding van tafel en bed huwelijkse voorwaarden zouden maken waardoor zij gemeenschap van goederen zouden kunnen invoeren. Dat zou inderdaad in strijd zijn met de bedoeling van de scheiding van tafel en bed. Met Van der Ploeg¹¹⁹ ben ik van mening dat het mogelijk moet zijn dat echtgenoten huwelijkse voorwaarden houdende scheiding van goederen kunnen maken onder opschortende voorwaarde van verzoening.

Voor derden is dit niet nadelig. Goederenrechtelijk verandert er immers op dat moment niets. De scheiding van goederen die het gevolg was van de scheiding van tafel en bed blijft voortbestaan, zij het dan op basis van de huwelijkse voorwaarden. De overige bepalingen in die huwelijkse voorwaarden kunnen derden wel verrassen omdat zij met ingang van de inschrijving direct kunnen worden ingeroepen, maar hier zou men wel een 14-dagen-termijn kunnen aannemen. Als zij al te nadelig zouden zijn kan de rechter benadeling voorkomen via de goedkeuringsprocedure die hier mijns inziens analoog aan de art. 1:119 en 166 vereist is.

14.8.2 Echtgenoten waren niet in de wettelijke gemeenschap gehuwd

Voor deze echtgenoten treedt geen vermogensrechtelijke verandering op ten tijde van de huwelijkssluiting. Bij het intreden van de scheiding van tafel en bed blijven de verhaalsrechten van schuldeisers onveranderd. Indien de echtgenoten goederen gemeenschappelijk hebben aangeschaft, dan zijn zij gewoon mede-eigenaar in de zin van titel 3.7 BW. Er kan elk moment scheiding en deling worden gevraagd.

Bij een verzoening na een scheiding van tafel en bed herleven de huwelijkse voorwaarden die daarvoor golden, aldus mijn lezing van art. 1:176. Doordat er tussentijds geen samensmelting van de vermogens heeft plaatsgevonden, wordt het regime op de oude voet voortgezet. Nog niet verdeelde goederen blijven in titel 3.7-mede-eigendom, reeds verdeelde goederen blijven in het vermogen van de echtgenoot aan wie zij zijn toegescheiden.

118 Klaassen-Eggens-Luijten, p. 161.

119 WPNR 4674 (1961).

HOOFDSTUK 15

De verhaalsmogelijkheden van schuldeisers jegens echtgenoten-debiteuren naar Duits intern recht

In dit hoofdstuk wordt behandeld welke verhaalsmogelijkheden crediteuren hebben die met een al dan niet gehuwde wederpartij een verbintenis zijn aangegaan. Om te beginnen worden kort de hoofdlijnen inzake het verhaal bij ongehuwden behandeld, waarna de invloed van verschillende huwelijksvermogensregimes wordt besproken.

Tot slot komen verhaalsperikelen aan de orde die kunnen ontstaan doordat de echtgenoten van het ene naar het andere stelsel overgaan. Om praktische redenen zal daarbij eerst de overgang vanuit de Gütertrennung worden besproken, waarna overgangen vanuit de Zugewinnngemeinschaft en de gemeenschap van goederen aan de orde komen.

15.1 De positie van een schuldeiser jegens zijn ongehuwde schuldenaar

Ook het Duitse recht hanteert de hoofdregel dat een crediteur zich op het hele vermogen van de schuldenaar kan verhalen, tenzij de wet of een partijafsprake deze verhaalsmassa beperkt of uitbreidt.¹ Vanuit Nederlandse optiek opmerkelijk is dat het BGB niet zelf aangeeft waarop een crediteur verhaal kan zoeken. Dit is verwerkt in de ZPO (Zivilprozeßordnung) in de titel over de Zwangsvollstreckung (executie). Door deze hoofdregel heen speelt een aantal vermoedens die de vraag betreffen, welke goederen tot het vermogen van de schuldenaar behoren, bijv. § 1362 en § 1006 BGB, waaraan de ZPO aanknoopt. De gang van zaken bij executie, bijvoorbeeld door executoriaal beslag, is te vinden in de §§ 808 ZPO voor roerende zaken, 828 ZPO voor vorderingen en andere zuivere vermogensrechten, en 864 ZPO voor onroerende zaken.

¹ ZPO (Thomas-Putzo), Vorbem bij § 704, Randnr. 47; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO (Hartmann), Grundz. § 704 Randnr. 23 en § 808 Randnr. 1.

15.2 De verhaalspositie van een schuldeiser jegens echtgenoten die in de Zugewinnngemeinschaft of de Gütertrennung zijn gehuwd

Zoals in hoofdstuk 2 is uitgewerkt, gaat de Zugewinnngemeinschaft uit van een scheiding van vermogens van de echtgenoten. Maar ook in Duitsland speelt het probleem dat na langdurige samenwoning van de echtgenoten voor derden vaak niet kenbaar is wie eigenaar is van welk goed. Voor crediteuren die zich op goederen van hun gehuwde schuldenaar willen verhalen geeft dit een uitermate ondoorzichtige situatie. Men wordt geholpen door het vermoeden van § 1362.² § 1362 bepaalt dat een derde-crediteur ervan mag uitgaan dat roerende zaken, toonder- en blanco geëndosseerde ordervorderingen, die in het privé-Besitz zijn van een echtgenoot of in het gezamenlijk Besitz van beide echtgenoten, “dem Schuldner gehören”.³ Daartoe behoort ook contant geld.⁴ Het is daarbij irrelevant of de echtgenoot-debiteur de zaak onder zich heeft of de andere echtgenoot het feitelijk bezit heeft. Hartmann⁵ geeft als voorbeeld dat de man een safe heeft gehuurd en daarvan ook de sleutels heeft. Tenzij waarschijnlijk is dat zich in de safe alleen goederen bevinden die uitsluitend voor het persoonlijk gebruik van de man zijn bestemd, zie § 1362 lid 2,⁶ vallen alle goederen die zich in de safe bevinden, in de verhaalsmassa voor de crediteuren van zijn echtgenote.

§ 1362 geldt gezien de plaats in de wet voor alle huwelijksgoederenregimes,⁷ dus niet alleen bij de Zugewinnngemeinschaft. Bij de Gütergemeinschaft geldt deze bepaling alleen voor goederen die niet behoren tot het gemeenschappelijk vermogen.⁸

§ 1362 EN MITBESITZ VAN DE ECHTELIJKE WONING INCLUSIEF DE INBOEDEL
Hoe werkt het vermoeden van § 1362 in het kader van de goederen waaraan de echtgenoten Mitbesitz hebben?⁹ Op het eerste gezicht lijkt dit als gevolg te

2 Deze bepaling geldt ook voor de Gütertrennung; Giesen, Familienrecht, Randnr. 358.

3 Intern geldt, ondanks toepasselijkheid van § 1362 jegens derden, nog steeds § 1006, aldus OLG Oldenburg 20 november 1990, FamRZ 1991, p. 814; Staudinger-Hübner, § 1362 Rn 34, met een beroep op jurisprudentie die onder een oudere versie van deze bepaling was gewezen.

4 Staudinger-Hübner, § 1362 Rn 14.

5 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO (Hartmann), § 739 Randnr. 4.

6 Zie hieronder voor een omschrijving van de daaronder vallende goederen.

7 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 94; BGB-RGRK-Wenz Anm. 5 bij § 1362. Zie voor de vraag of deze structurele benadeling van echtgenoten niet in strijd is met art. 6 GG: Staudinger-Hübner, § 1362 Rn 3. Men neemt aan dat de bijzondere samenwoningsverhouding van echtgenoten deze regeling voldoende rechtvaardigt.

8 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 95; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO (Hartmann), § 739 Randnr. 2; Staudinger-Hübner, § 1362 Rn 12.

9 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 20 bij § 1450 en 10 e.v. bij 1422; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 77; Johannsen/Henrich/Jaeger, Eherecht, § 1414 Rdnr. 5. Het recht van Mitbesitz wordt afgeleid uit de algemene § 1353 (vergelijkbaar op dit punt met 1:81 BW). Zie BGH 7 april 1978, BGHZ 71, p. 216 en BGH 31 januari 1979, BGHZ 73, p. 253. LG Hamburg, 27 juni 1991, NJW-RR 1991, p. 146. LG Mannheim, 25 maart 1992, NJW-RR 1993, p. 147 geeft dit recht ook bij een gehuurde echtelijke woning waar slechts één der echtgenoten het huurcontract had gesloten.

hebben dat op deze goederen geen verhaal kan worden genomen omdat zij niet in privé-eigendom aan de handelende echtgenoot toebehoren. Voor derden zou dit ingrijpende gevolgen hebben omdat de andere echtgenoot zich zou kunnen verzetten tegen de executie, § 809 ZPO. Hierbij komt § 739 ZPO te hulp: deze bepaling geeft aan dat in het geval dat op grond van § 1362 BGB wordt vermoed dat een echtgenoot eigenaar is van een roerende zaak, dan wordt ook vermoed dat hij alleen het goed onder zich heeft. Hiermee wordt verhaal op dit goed voor de schuld van een echtgenoot mogelijk, zonder dat de andere echtgenoot zich met vrucht op zijn recht van Mitbesitz kan beroepen.¹⁰ Dit geldt louter voor verhoudingen van Mitbesitz die hun grond hebben in de huwelijkse samenleving, derhalve niet indien de andere echtgenoot de zaak op grond van een andere titel onder zich heeft, bijvoorbeeld omdat hij de zaak van de andere echtgenoot heeft gehuurd.¹¹

EIGENDOMSVERMOEDENS TEN AANZIEN VAN GOEDEREN DIE VOOR DE HUWELIJKSSLUITING ZIJN VERKREGEN

Bij bezitsverkrijgingen die voor de huwelijksluiting hebben plaatsgevonden, geldt niet § 1362, maar het algemene vermoeden van § 1006.¹² Men neemt aan dat de echtgenoot die voor het huwelijk het bezit van een zaak heeft verkregen daarvan destijds eigenaar is geworden, § 1006. Verder moet iemand die stelt dat nu een ander eigenaar is, bijvoorbeeld doordat de eigendom intussen op de andere echtgenoot is overgegaan, dit ook bewijzen. Normaliter wordt er immers van uitgegaan dat in de tussentijd geen veranderingen in de eigendomsverhoudingen hebben plaatsgevonden.¹³ Bij voorhuwelijkse verkrijgingen heeft § 1362 derhalve geen functie omdat er geen onzekerheid bestaat ten aanzien van de eigendomsverhoudingen.¹⁴

§ 1362 BIJ NIET-SAMENWONENDE ECHTGENOTEN

Wonen de echtgenoten niet samen dan geldt § 1362 niet ten aanzien van de niet-handelende echtgenoot, § 1362 lid 1 2^e zin.¹⁵ Bij deze werkt het algemene vermoeden van § 1006. Op deze wijze blijven de goederen die hij onder zich heeft buiten het verhaal van de schuldeiser. Hartmann¹⁶ wijst erop dat onder bepaalde omstandigheden langs deze weg zelfs verhaal op de goederen van de echtgenoot-schuldenaar onmogelijk gemaakt kan worden. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de echtgenoot-debiteur het betreffende goed aan de andere echtgenoot heeft overgelaten omdat deze dit redelijkerwijs voor een normale gang der huishouding nodig heeft. Bij niet-samenwonende

10 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO (Hartmann), § 739 Randnr. 1.

11 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO (Hartmann), § 739 Randnr. 7.

12 BGH 9 januari 1992, FamRZ 1992, p. 409; NJW 1992, p. 1162; Staudinger-Hübner, § 1362 Rn 38.

13 Zie BGH 26 november 1975, NJW 1976 p. 238 en FamRZ 1976, p. 81-82.

14 MünchKomm (Wacke), Randnr. 25 bij § 1362; Staudinger-Hübner, § 1362 Rn 40.

15 Palandt/Diederichsen, Randnr. 5 bij § 1362; ZPO (Thomas/Putzo) Randnr. 4 bij § 808.

16 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO (Hartmann), § 739 Randnr. 8-9.

echtgenoten is § 739 ZPO niet van toepassing.¹⁷

De oorzaak voor het niet-samenwonen hoeft voor de toepassing van § 1362 BGB niet te liggen in onenigheid tussen de echtgenoten. Ook langere detentie of een afspraak waardoor beide echtgenoten langere tijd apart wonen, waardoor de ene echtgenoot feitelijk geen toegang heeft tot de goederen die de andere echtgenoot onder zich heeft, worden voor de toepassing van § 1362 lid 1, 2° zin meegerekend.

Bevindt het goed zich in de feitelijke macht van de echtgenoot-partij, dan blijft § 1362 gelden. Dat kan gunstig zijn voor de derde omdat § 1362 in zijn werking verder gaat als § 1006, dat alleen roerende zaken betreft, en niet ook toonder- en blanco geëndosseerde orderpapieren omvat.¹⁸

DE UITZONDERINGEN OP DE REGEL: § 1362 LID 2 BGB

Voor een aantal goederen maakt § 1362 lid 2 een uitzondering: ten aanzien van goederen die slechts zijn bestemd om tot het persoonlijke gebruik van een der echtgenoten te dienen wordt tussen de echtgenoten en jegens de schuldeisers aangenomen dat zij aan die echtgenoot toebehoren, tot wiens gebruik zij zijn bestemd. Te denken valt hier aan kleding en sieraden, voorzover zij niet ter belegging zijn aangeschaft.¹⁹ Het is omstreden of deze uitzondering ook kan worden aangenomen bij goederen die gebruikt worden in de beroeps- of bedrijfsuitoefening van een der echtgenoten.²⁰ In ieder geval moet duidelijk zijn dat de ander niets met die beroeps- of bedrijfsuitoefening te maken heeft.²¹ Bij de uitzondering van het tweede lid wordt alleen naar de bestemming gekeken; de bezitsverhoudingen zijn daarbij niet relevant.²²

§ 1362 BGB IS DWINGEND RECHT, MAAR TEGENBEWIJS IS TOEGELATEN

In het algemeen wordt aangenomen dat § 1362 dwingend recht is.²³ Het ver-

17 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO (Hartmann), § 739 Randnr. 8.

18 § 1006 staat in het derde Boek van het BGB dat is getiteld 'Sachenrecht'. Vorderingen vallen dus buiten de werking van dit Boek.

19 Voor voorbeelden zie BGB-RGRK-Wenz Anm. 20-23 bij § 1362; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 96; MünchKomm (Wacke) Randnr. 28 e.v. bij § 1362; Staudinger-Hübner, § 1362 Rn 50 e.v.; Henrich, Familienrecht, p. 62; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO (Hartmann), § 739 Randnr. 10. BGH 21 oktober 1958, FamRZ 1959, p. 13; NJW 1959, p. 142 inzake sieraden voor beleggingsdoeleinden aangeschaft met mijns inziens ten onrechte een beroep op RG 10 juni 1920, RGZ 99, p. 152. In deze zaak had de vrouw tijdens het huwelijk sieraden en een bontkraag gedragen die de man van zijn moeder had geërfd. Zij beweerde dat het vermoeden van § 1362 daarheen wees dat zij de eigendom van de zaken had verkregen. De man moest maar bewijzen dat dit niet het geval was. Het Reichsgericht gaf de vrouw gelijk; de verslechtering van zijn bewijspositie werd gerechtvaardigd met een beroep op de wetsgeschiedenis. De wetgever had daarmee destijds de sterkere positie van de man binnen het huwelijk een beetje willen compenseren.

20 Zie Staudinger-Hübner, § 1362 Rn 55 voor de verschillende standpunten in de literatuur.

21 BGB-RGRK-Wenz Anm. 17 bij § 1362; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 265.

22 Palandt/Diederichsen, Randnr. 8 bij § 1362.

23 Langenfeld, Handbuch, p. 84-85, waarbij tegenbewijs is toegestaan; anders BGB-RGRK-Wenz Anm. 7 bij § 1362, die de mogelijkheid opent om met de bevoordeelde schuldeiser de niet-toepassingsovereen te komen.

moeden van § 1362 kan door de echtgenoten worden weerlegd.²⁴ Men neemt aan dat de bewijslast niet al te streng mag worden opgevat. De andere echtgenoot moet kunnen bewijzen dat hij de eigendom van het goed heeft verkregen. Hij hoeft dus niet positief het bestaan van zijn eigendomsrecht te bewijzen, een bijna onmogelijke opgave.²⁵

Het is omstreden of overeenkomsten tussen de echtgenoten de dwingendrechtelijke werking van § 1362 kunnen doorbreken. Het BGH heeft aangegeven dat ook een staat van aanbengsten geen sluitend bewijs vormt.²⁶ Indien de lijst bewijst dat een van de echtgenoten al vóór de huwelijksluiting bezitter van een zaak was, dan geldt voor hem alleen het vermoeden van § 1006, en gaat men ervan uit dat, behoudens tegenbewijs, hij steeds eigenaar is gebleven, zoals reeds eerder was genoemd.²⁷

Of het mogelijk is dat partijen met werking jegens derden overeenkomen dat bijvoorbeeld alle goederen die behoren tot de 'Hausrat' aan een van hen toebehoren, is omstreden.²⁸ Langenfeld geeft toe dat algemene clausules in de zin van 'alle inboedelgoederen, tegenwoordig en toekomstig behoren toe aan de vrouw', niet het vermoeden van § 1362 opzij kunnen zetten.²⁹

ENKELE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKINGEN

Ten aanzien van de eigendomsvermoedens valt op dat de Duitse regeling sterk afwijkt van de Nederlandse. In het Nederlandse recht werkt het vermoeden van art. 1:92 BW bij goederenrechtelijke bescherming, terwijl art. 1:131 BW vooral tussen echtgenoten zijn werking heeft. Op het terrein van het verhaal gelden deze vermoedens niet.

In het Duitse recht daarentegen is het voor derden vrij moeilijk, zo niet onmogelijk, om eigendom te verkrijgen van goederen die gezamenlijk worden gebruikt in de echtelijke woning, maar legt het recht juist een crediteur die verhaal zoekt op de goederen der echtgenoten, geen strobreed in de weg. Wanneer men de regel dat Besitz van een der echtgenoten reeds voldoende is om aan te nemen dat de crediteur van - zelfs de andere - echtgenoot zich daarop kan verhalen, beschouwt tegen de achtergrond van de Duitse wettelijk stelsel, dan lijkt mij dat zeer opmerkelijk.

In Nederland heeft men deze regel binnen het wettelijk stelsel niet nodig

24 Staudinger-Hübner, § 1362 Rn 24.

25 BGH 26 november 1975, FamRZ 1976, p. 81. De aantekening in een boedelbeschrijving, ook in een Ehevertrag is niet voldoende. Zie BGB-RGRK-Wenz Anm. 18 bij § 1362. Recenter LG Aachen 11 december 1987, NJW-RR 1987, p. 712, ten aanzien van een echtpaar dat Gütertrennung was overeengekomen.

26 BGH 26 november 1975, FamRZ 1976, p. 81. Zie voor verschillende opvattingen uit de literatuur MünchKomm (Wacke), Randnr. 18 bij § 1362; BGB-RGRK-Wenz Anm. 18 bij § 1362; Langenfeld, Handbuch, Randnr. 88; Palandt/Diederichsen, Randnr. 9 bij § 1362.

27 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 264-265; BGB-RGRK-Wenz Anm. 16 bij § 1362; Langenfeld, Handbuch, Randnr. 86.

28 Tegen: MünchKomm (Wacke) Randnr. 18 bij § 1362; vóór: Langenfeld, Handbuch, Randnr. 89.

29 Langenfeld, Handbuch, Randnr. 90.

hoewel ook daar verhaal op de privégoederen van de niet-handelende echtgenoot in beginsel niet mogelijk is. Dit geldt a fortiori voor echtgenoten die in een splittingsstelsel zijn gehuwd, waarbij de schuldeisers niet het voordeel hebben van het bestaan van een wettelijke gemeenschap als algemene verhaalsmassa.

15.3 De verhaalspositie van een schuldeiser jegens echtgenoten die in gemeenschap van goederen zijn gehuwd

Het bovenstaande geldt in beginsel ook voor echtgenoten die in de gemeenschap van goederen zijn gehuwd, maar dan alleen voor zover als het verhaal op privé-goederen betreft. Voor verhaal op gemeenschappelijke goederen gelden bijzondere bepalingen, die mede afhankelijk zijn van de gekozen bestuursregeling. Deze bijzonderheden komen in het navolgende aan de orde.

15.3.1 Echtgenoten hebben gemeinschaftliche Verwaltung

VERHAAL OP HET GEMEENSCHAPPELIJK VERMOGEN

De hoofdregel voor de verhaalsmogelijkheden indien de debiteur is gehuwd in de gemeenschap van goederen is te vinden in § 1459: de schuldeisers van man en vrouw kunnen zich verhalen op de gemeenschap en ook op het Vorbehalts- en Sondergut van de echtgenoot die de verbintenis is aangegaan.³⁰ Schulden die op de gemeenschap verhaalbaar zijn heten Gesamtgutsverbindlichkeiten. Het BGH heeft enkele jaren geleden een definitie van Gesamtgutsverbindlichkeit gegeven:³¹

“Gesamtgutsverbindlichkeiten sind nach der gesetzlichen Definition in den §§ 1437, 1459 BGB, diejenigen Schulden der Ehegatten, wegen derer ihre Gläubiger Befriedigung aus dem Gesamtgut verlangen können. Darunter fallen nicht solche Schulden, die erst nach Beendigung der Gütergemeinschaft begründet worden sind.”

Een schuld die verhaalbaar is op de vermogens van één echtgenoot en de gemeenschap wordt ook wel *einseitig angelehnte Gesamthandsschuld* genoemd.³² Deze term wordt gebruik in tegenstelling tot *reine Gesamthandsschulden*, die alleen op het gemeenschappelijk vermogen verhaald kunnen worden, en *doppelt angelehnte Gesamthandsschulden*, die zowel op de gemeenschap als ook op alle vermogens van beide echtgenoten verhaalbaar zijn. Reine Gesamthandsschulden ontstaan alleen als het verhaal bij het aangaan van de schuld tot de gemeenschap wordt beperkt. In beginsel zijn alle verbin-

30 Behmer, FamRZ 1988, p. 344; Staudinger-Thiele Vorbem 3 zu § 1459-1462; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 156-157. Hiervan kunnen echtgenoten niet afwijken. Zöllner, FamRZ 1965, p. 119.

31 BGH, 10 juli 1985, FamRZ 1986, p. 41.

32 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 614.

tenissen die echtgenoten tijdens het bestaan van de Gütergemeinschaft dubbelt angelehnte Gesamthandsschulden, waarvoor alle vermogens van beide echtgenoten verhaalsobject zijn. Dit heeft als reden dat zij door beide echtgenoten gezamenlijk zijn aangegaan, althans met toestemming van de andere.³³ Alleen in uitzonderingsgevallen, of indien verhaal op bepaalde vermogens obligatoir is uitgesloten, kunnen één of meer vermogens buiten schot blijven. Ook schulden die hij vóór het ontstaan van de gemeenschap heeft aangegaan worden dubbelt angelehnte Gesamthandsschulden.³⁴ De uitzonderingen op deze ruime verhaalsregeling zijn te vinden in de §§ 1460-1462. Indien een der echtgenoten alleen een verbintenis aangaat dan kan zich de schuldeiser alleen op de gemeenschap verhalen als de andere echtgenoot daartoe zijn toestemming heeft gegeven of indien de rechtshandeling ook zonder de toestemming geldig is. Dat is het geval wanneer gaat om een van de in de §§ 1454-1456 geregelde gevallen (bijvoorbeeld bij Notverwaltung,³⁵ § 1454, of indien het een bedrijf betreft dat krachtens toestemming van de andere echtgenoot wordt uitgeoefend, § 1456).

Omstreden is waarop schulden kunnen worden verhaald die hun oorsprong hebben in een verbintenis uit de wet. Discussies worden hier bijvoorbeeld gevoerd ten aanzien van het karakter van verbintenissen uit onrechtmatige daad³⁶ en alimentatieverplichtingen.³⁷

VERHAAL OP DE PRIVÉVERMOGENS VAN DE ECHTGENOTEN

Het Sonder- en Vorbehaltsgut van een echtgenoot kan worden uitgewonnen voor alle schulden die ook op het Gesamtgut verhaalbaar zijn. Het maakt daarbij niet uit welke echtgenoot de schuld heeft aangegaan. Men is dus in zijn persoonlijke vermogen ook aansprakelijk voor schulden van de andere echtgenoot, § 1459 lid 2. Thiele³⁸ waarschuwt degenen die wel gemeenschappelijk bestuur hebben, maar daar geen gebruik van maken. Zij missen in dat geval de zekerheid die de echtgenoten hebben, die de andere echtgenoot Verwalter hebben gemaakt. Deze laatste groep is voor schulden die de Verwalter aangaat, niet in hun persoonlijk vermogen aan te spreken,

33 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 621-622.

34 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 1 bij § 1459; Palandt/Diederichsen, Randnr. 2-3 bij § 1459; Giesen, Familienrecht, Rz 350.

35 Zie onderdeel 6.2. Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 619, noot 4, geeft aan dat omstreden is wat de rechtsgevolgen zijn indien deze echtgenoot in eigen naam handelt.

36 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 1 bij § 1459; Palandt/Diederichsen, Randnr. 2 bij § 1459: alle verbintenissen uit onrechtmatige daad die tijdens het huwelijk zijn ontstaan, zijn verhaalbaar op de gemeenschap; anders Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 616, die dit alleen aanneemt ten aanzien van verbintenissen op grond van risicoaansprakelijkheid.

37 Behmer, FamRZ 1988, p. 345; Palandt/Diederichsen, Randnr. 2 bij § 1459: alle onderhoudsverplichtingen zijn op de gemeenschap verhaalbaar; anders: Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 616 noot 44; Staudinger-Thiele § 1441 Rn 6: onderhoudsverplichtingen van ongehuwde ouders zijn betalingen die worden toegekend op grond van billijkheidsoverwegingen, en zijn daarom geen verbintenissen uit de wet.

38 Staudinger-Thiele § 1459 Rn 3.

§ 1437 lid 2. De ratio van deze afwijking ten laste van echtgenoten met gemeenschappelijke Verwaltung is dat zo moet worden voorkomen dat zij hun persoonlijke vermogens vergroten om zo het verhaalsobject voor schulden kunstmatig te verminderen.³⁹ Ik ben niet overtuigd, dat deze regeling van § 1459 zonder reële gevaren is. De notaris die de echtgenoten adviseert ten aanzien van hun huwelijksvermogensregime moet hen mijns inziens op deze gevolgen wijzen.⁴⁰

Het Sonder- en Vorbehaltsgut kan ook dienen tot verhaal van de schulden die de echtgenoot zelf heeft aangegaan, die niet op de gemeenschap zijn te verhalen.⁴¹ Dit is niet zo bijzonder, omdat in principe een ieder met zijn persoonlijke vermogen moet instaan voor de verbintenissen die hij zelf aangaat, zoals hierboven reeds werd gememoreerd.

ENKELE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKINGEN

Indien men bovenstaande passage over de Duitse regeling inzake verhaal bij gemeinschaftliche Verwaltung vergelijkt met de Nederlandse verhaalsregels, dan vallen enkele verschillen in het bijzonder op. Ten eerste lijkt de Duitse regeling erg ingewikkeld omdat het verhaal nauw verbonden is met het soort schuld en de omstandigheden waaronder deze tot stand is gekomen. Naar Nederlands recht zijn deze aspecten niet relevant. Zelfs privéschulden van een der echtgenoten kunnen in beginsel op de gemeenschap worden verhaald, waarbij alleen de uitzondering van art. 1:96 lid 1 geldt: de andere echtgenoot kan privégoederen van de handelende echtgenoot aanwijzen, indien deze voldoende verhaal bieden. De Nederlandse regeling lijkt mij hier uit praktisch oogpunt te prefereren.

In het Duitse recht komt daar bovenop de vergaande aansprakelijkheid in het privévermogen van de niet-handelende echtgenoot voor schulden die zijn eega heeft aangegaan. Deze bepaling is wel te verklaren vanuit de gekozen bestuursregeling, waardoor de gedachte van gemeenschappelijk handelen althans theoretisch op de voorgrond staat. Ook naar Nederlands recht zijn echtgenoten hoofdelijk aansprakelijk bij tezamen aangegane verbintenissen, waardoor beider privévermogens kunnen worden uitgewonnen voor de voldoening van een dergelijke schuld.

Hiermee is nog niet de bijzonderheid verklaard dat voorhuwelijks schulden ‘doppelt angelehnte Gesamthandsschulden’ worden. Voor deze schulden geldt het principe van gemeenschappelijk optreden immers niet, waardoor de verhaalsmogelijkheden op het vermogen van de niet-handelende echtgenoot extra opvallen.

Een ander curiosum vanuit Nederlands recht betreft het sterk gebonden

39 Staudinger-Thiele § 1459 Rn 3 met verdere verwijzingen. Behmer, FamRZ 1988, p. 345, ziet het wat minder negatief. Mijns inziens is hij iets te optimistisch.

40 Zie ook Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 160.

41 Staudinger-Thiele Vorbem 3 zu § 1459-1462.

karakter van de Duitse Gütergemeinschaft. Naar Duits recht moet men, wil men verhaal nemen op goederen der gemeenschap, beide echtgenoten als vertegenwoordiger van de gemeenschap aanspreken, ongeacht de bestuursregeling die tussen hen geldt. Naar Nederlands recht is de gebondenheid van de gemeenschap niet zover doorgevoerd. Enkele auteurs, waaronder Van Mourik, verdedigen sinds kort dat het een gemeenschap is waarin de aandelen der echtgenoten kunnen worden aangewezen. Maar enige gebondenheid, voortvloeiend uit de aard van de huwelijksgoederengemeenschap, ontkent ook Van Mourik niet.⁴² Verhaal vindt daarbij plaats door de schuldenaar aan te spreken, waarna naar Nederlands recht verhaal mogelijk is op de gemeenschapsgoederen en de privégoederen van de schuldenaar.

15.3.2 Echtgenoten hebben Einzelverwaltung

Voor de verhaalsmogelijkheden is hier van belang of de Verwalter of de andere echtgenoot de verbintenis heeft aangegaan. Omdat in de meeste gevallen de Verwalter de verbintenissen zal aangaan, zal met deze situatie worden begonnen. Vervolgens zal worden bekeken of ook de andere echtgenoot zijn eigen vermogen of eventueel andere vermogens door het aangaan van verbintenissen kan binden.

VERHAAL OP DE GEMEENSCHAP VOOR VERBINTENISSEN DIE DE VERWALTER HEEFT AANGEGAAN

Door Verwaltungshandlungen⁴³ bindt de Verwalter de gemeenschap (Gesamtgutsverbindlichkeit) en zichzelf, waardoor verhaal op de gemeenschap en zijn privégoederen mogelijk is.⁴⁴ Hij bindt niet ook de andere echtgenoot, anders dan bij de gemeenschappelijke Verwaltung, § 1437, 1438.⁴⁵

Het is mogelijk dat de niet-Verwalter voor handelingen tijdens de gemeenschap een volmacht afgeeft waardoor hij door de rechtshandeling ook wordt gebonden, maar men neemt aan dat deze volmacht dan wel expliciet moet worden verleend. Enkele toestemming voor zo'n rechtshandeling is niet als volmacht te interpreteren.⁴⁶

42 Huwelijksvermogensrecht, p. 79, met verwijzingen naar o.a. De Die, WPNR 6195, p. 625 en HR 9 september 1988, NJ 1989 239.

43 Bij de verdere behandeling zal niet nader worden ingegaan op de gevolgen van de verkrijging van een erfenis of legaat, omdat dit enigszins van het onderzoeksonderwerp afleidt.

44 Verbintenissen, die de echtgenoten voor het begin van de Gütergemeinschaft zijn aangegaan, zijn dubbelt angelehnte Gesamthandsschulden.

45 Bij dit alles moet men eraan denken dat alleen bij een faillissement van de Verwalter de gemeenschap ook in de failliete boedel valt; gaat daarentegen de andere echtgenoot failliet, dan blijft de gemeenschap buiten schot, § 2 KO.

46 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 1 e.v. bij § 1422.

VERHAALSMOGELIJKHEDEN OP DE GEMEENSCHAP VOOR VERBINTENISSEN VAN DE NICHTVERWALTENDE ECHTGENOOT

In beginsel gaat de wet ervan uit dat de niet-Verwalter alleen zijn privévermogens kan binden. Slechts de Verwalter kan rechtshandelingen aangaan, waardoor de gemeenschap en zijn privévermogens tot verhaalsobject dienen. Maar op het eerste deel van de hoofdregel bestaan een aantal uitzonderingen, waardoor de scheiding van bevoegdheden veel strikter lijkt dan zij in werkelijkheid is. Ten eerste kan de Schlüsselgewalt-regeling, § 1357 BGB, worden gezien als quasi-medebestuur van de andere echtgenoot.⁴⁷ Hierdoor is de andere echtgenoot bevoegd om handelingen in de normale gang van de huishouding te verrichten, waardoor ook de verwaltungsberechtigte echtgenoot wordt gebonden. Voor deze echtgenoten heeft dat tot gevolg dat voor zulke rechtshandelingen op alle vermogens verhaal gezocht kan worden. Beide echtgenoten zijn immers schuldenaren, § 1438.⁴⁸

Deze uitzonderingen betreffen rechtshandelingen die tijdens het bestaan van de gemeenschap worden verricht; voor verbintenissen die vóór het aangaan van de gemeenschap zijn aangegaan, kan altijd verhaal op de gemeenschap worden gezocht, § 1437 j° 1438. Rechtshandelingen tijdens de gemeenschap door de niet-verwaltende echtgenoot laten alleen dan verbintenissen ontstaan die op de gemeenschap verhaalbaar zijn als de Verwalter heeft toegestemd of als de verbintenis niet afhankelijk van diens toestemming is, § 1438. Dat laatste is met name het geval wanneer het een verbintenis uit de wet betreft, bijvoorbeeld onrechtmatige daad of teruggaveverplichtingen op grond van ongerechtvaardigde verrijking dan wel onverschuldigde betaling bij wegval van de titel bij een beschikkingshandeling.⁴⁹

Ook kan de gemeenschap niet worden uitgewonnen voor verbintenissen die het privégoed van de niet-verwaltende echtgenoot betreffen, § 1440, 1^e zin.

Als de echtgenoot daarentegen een eigen bedrijf of beroep uitoefent waartoe hij toestemming heeft van de andere echtgenoot of dat de bevoegde echtgenoot stilzwijgend duldt, dan zijn verbintenissen die binnen de bedrijfsvoering van de echtgenoot passen, Gesamtgutsverbindlichkeiten, § 1431 BGB, en vallen inkomsten ook weer in de gemeenschap.⁵⁰

Daarnaast staat het Notverwaltungsrecht van § 1429 BGB. Dit recht van de niet-bevoegde echtgenoot om de gemeenschap te binden wordt eng uitgelegd, omdat in principe de niet-bevoegde echtgenoot erin heeft toegestemd dat de andere tot Verwaltung bevoegd is.⁵¹ De andere echtgenoot kan handelen in

47 Zie hoofdstuk 9.

48 Palandt/Diederichsen, Randnr. 1 bij § 1438.

49 Palandt/Diederichsen, Randnr. 3 bij § 1437.

50 Zie Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 606-607, over de omvang van de handelingsbevoegdheid binnen de bedrijfsvoering.

51 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 2-3 bij § 1429; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 605-606. De Verwalter moet verhinderd zijn om het recht zelf uit te oefenen en er moet gevaar zijn verbonden aan uitstel van de rechtshandeling. Het kan daarbij ook gaan om rechtshandelingen waarvoor de

naam van de Verwalter, waardoor de gemeenschap en diens vermogens worden gebonden; hij kan ook in eigen naam handelen, waardoor de gemeenschap en zijn eigen vermogens gebonden worden, tenzij de derde heeft moeten begrijpen dat het een verbintenis ten behoeve van de gemeenschap betrof (Gesamtgutsverbindlichkeit).⁵²

VERHAALSMOGELIJKHEDEN OP DE PRIVÉVERMOGENS VAN DE ECHTGENOTEN
Voor schulden, die de niet-bevoegde echtgenoot na het ontstaan van de gemeenschap heeft aangegaan en die niet door toestemming van de andere echtgenoot of anderszins Gesamtgutsverbindlichkeiten zijn geworden, is de echtgenoot persoonlijk aansprakelijk en zij kunnen alleen op diens Sonder- en Vorbehaltsgut worden verhaald, § 1438 en 1440.⁵³ Als hij daardoor zaken of andere activa verkrijgt, dan vallen deze in de gemeenschap, § 1416 lid 1, 2e zin.

Bij toestemming van de verwaltende echtgenoot voor handelingen van de niet-bevoegde echtgenoot wordt hierdoor naast de gemeenschap ook het persoonlijk vermogen van de verwaltende echtgenoot gebonden, § 1437 lid 1 en § 1438. Dat is voor Nederlandse begrippen opmerkelijk, omdat men zou verwachten dat de handelende echtgenoot zijn eigen vermogen verbindt, en niet dat van de andere echtgenoot zonder dat er sprake is van een volmacht.⁵⁴

Verhaal voor schulden uit een § 1431-beroep of -bedrijf is ook mogelijk op de gemeenschap en de vermogens van de bedrijfsvoerende echtgenoot, maar ook op de goederen van de Verwalter omdat de Verwalter 'Gesamtschuldner' wordt (hoofdelijk aansprakelijk wordt), § 1437 lid 2. Deze constructie brengt derhalve nogal grote risico's met zich mee, omdat alle vermogens van de echtgenoten voor schulden van het bedrijf kunnen worden uitgewonnen.⁵⁵ Slechts indien de bevoegde echtgenoot zijn toestemming duidelijk heeft geweigerd of heeft ingetrokken overeenkomstig de vereisten van § 1412, kan de vergaande Haftung worden voorkomen. Anderzijds kan de Verwalter op elk moment zo ingrijpen, waardoor de voortgang van het bedrijf ernstig kan worden belemmerd door onzekerheid omtrent de voortgang ervan, zo stelt Gernhuber kritisch vast.⁵⁶

De interne draagplicht van de echtgenoten laat ik buiten beschouwing, omdat zij niet relevant is voor de positie van derden. Zij is geregeld in § 1441 BGB.

bevoegde echtgenoot eigenlijk de toestemming van de andere echtgenoot had moeten hebben.

52 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 5 bij § 1429.

53 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 19 e.v. bij § 1422.

54 De volmacht en toestemming kan ook in een Ehevertrag worden gegeven. Deze kunnen dan ook alleen via wijziging van de Ehevertrag weer ongedaan worden gemaakt. Zie MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 7 bij § 1422.

55 Zoals reeds werd opgemerkt, kan ook de gemeenschap voor bedrijfsschulden worden uitgewonnen.

56 Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 607.

15.4 Gevolgen voor schuldeisers indien de wederpartij gaat huwen voordat de schuld is voldaan

Nadat in de vorige hoofdstukken is besproken wat de verhaalspositie is indien de echtgenoot-wederpartij in een bepaald stelsel is gehuwd, zal nu worden besproken wat geschiedt, als voor de voldoening van de schuld, de wederpartij in het huwelijk treedt. Dit hangt, net als in het Nederlandse recht, met name af van het toepasselijke huwelijksgoederenregime.

15.4.1 De wederpartij huwt in een splitsingsstelsel

In dit geval verandert niets aan de verhaalsmogelijkheden van de schuldeiser, waarbij het geen verschil maakt of de echtgenoten in de Zugewinnngemeinschaft trouwen of in de Gütergemeinschaft. De vermogens blijven gescheiden en verhaal blijft slechts mogelijk op het vermogen van de echtgenoot die de schuld heeft aangegaan.

Ook hier lijkt mij de hoofdregel te gelden dat bijzondere regelingen die hoofdelijke aansprakelijkheid met zich meebrengen, zoals § 1357, alleen geldt voor rechtshandelingen die na de huwelijksluiting worden verricht. Openstaande schulden veranderen met de huwelijksluiting niet ineens van karakter.

15.4.2 De wederpartij huwt in Gütergemeinschaft

Zoals reeds in het voorgaande was aangestipt, heeft het voor schuldeisers wel gevolgen indien echtgenoten huwen in de Gütergemeinschaft. Voorhuwelijkse schulden die niet zijn afbetaald, worden, mits echtgenoten Gütergemeinschaft zijn overeengekomen, doppelt angelehnte Gesamthandsschulden, zie onderdeel 15.3 voor Einzelverwaltung en onderdeel 15.2 voor gemeinschaftliche Verwaltung.⁵⁷ Dat betekent dat de schuldeiser vanaf het moment van de huwelijksluiting verhaal kan nemen op de gehele gemeenschap. Daarnaast kan hij ook verhaal nemen op de privégoederen van beide echtgenoten, ongeacht wie de schuld had aangegaan.

Indien de echtgenoten de Gütergemeinschaft, zoals vaak geschiedt, niet in het Güterrechtsregister hebben ingeschreven, doet dit hieraan juridisch geen afbreuk. De derde moet alleen op de hoogte zijn van dit voordeeltje dat hem in de schoot geworpen wordt. Slechts in uitzonderlijk voorkomende gevallen (bij een echtgenoot die meer schulden in de gemeenschap inbrengt dan baten), zal de crediteur benadeeld worden. Heeft hij dan de mogelijkheid om zich met een actio Pauliana hiertegen te verweren?

⁵⁷ MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 1 bij § 1459; Palandt/Diederichsen, Randnr. 2-3 bij § 1459.

DE ACTIO PAULIANA IN HET DUITSE RECHT IS GEREGLD IN HET ANFECHTUNGSGESETZ (ANFG)

Het Duitse recht kent een algemene regeling voor de Gläubigeranfechtung, die in het Anfechtungsgesetz⁵⁸ is neergelegd. Daarin staan vier verschillende gevallen opgesomd, waarin een schuldeiser kan optreden tegen een Rechtshandlung⁵⁹ van zijn schuldenaar, waardoor zijn verhaalsmogelijkheden worden beperkt of bemoeilijkt.⁶⁰ Daarbij worden in § 3 AnfG genoemd de zogenaamde Absichtsanfechtung en de Schenkungsanfechtung. De Absichtsanfechtung omvat handelingen welke de schuldenaar verrichtte met een benadelingsbedoeling waarvan diens wederpartij bij de paulianeuze handeling op de hoogte was, zie § 3 sub 1 AnfG. Zij omvat ook gevallen waarin de echtgenoot-schuldenaar een overeenkomst⁶¹ sloot met zijn echtgenoot of een ander nauw verwant familielid waarbij de schuldenaar een benadelingsbedoeling had en de wederpartij niet kan bewijzen dat zij hiervan niet op de hoogte was, aldus § 3 sub 2 AnfG.⁶² Deze handelingen moeten binnen één jaar na dato worden aangetast, anders is het te laat. De Schenkungsanfechtung betreft ‘unentgeltliche Verfügungen’, uitgezonderd gebruikelijke cadeaus, die zijn gedaan binnen een jaar voor de Anfechtung, zie § 3 sub 3 AnfG. Ook unentgeltliche Verfügungen jegens de echtgenoot die ten hoogste twee jaar voor de Anfechtung zijn verricht, kunnen worden aangetast, zie § 3 sub 4 AnfG.

GEVOLGEN VAN EEN GESLAAGDE ACTIO PAULIANA

Indien een handeling met succes is ‘angefochten’, dan houdt dit in dat de schuldeiser het betroffen goed kan executeren alsof het nog deel zou uitmaken van het vermogen van de schuldenaar, § 7 AnfG.⁶³ Mocht het vermogensbestanddeel niet meer bestaan dan moet degene in wiens vermogen het goed door de paulianeuze handeling terecht is gekomen en tegen wie zich de actie dus richt (de Anfechtungsgegner), de waarde ervan aan de schuldeiser

58 Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens van 21 juli 1879, in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 (RGBl. S. 709), geändert durch das Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung) vom 5. Juli 1927 (RGBl. S. 139).

59 Het Duitse begrip ‘Rechtshandlungen’ omvat rechtshandelingen en feitelijke handelingen waarvan de rechtsgevolgen niet zijn beoogd. Jauernig, p. 134; Kilger/Huber, p. 16; zie BGH 15 oktober 1975, MDR 1976, p. 221.

60 Kilger/Huber, p. 50 e.v.

61 Het is hier niet voldoende dat het een willekeurige rechtshandeling is; Kilger/Huber, p. 62.

62 De wederpartij moet op de hoogte zijn of er althans van overtuigd zijn dat de schuldenaar handelde met een bedoeling tot benadeling; Kilger/Huber, p. 58.

63 BGH 29 januari 1964, BGHZ 41, p. 103; BGH 29 april 1986, BGHZ 98, p. 6; BGH 19 september 1991, NJW-RR 1992, p. 612. Duidelijk is dat er geen goederenrechtelijke werking optreedt, de schuldeiser heeft slechts verbintenissenrechtelijke mogelijkheden tot verhaal. Mager, ACP 193 (1993), p. 77. Het gaat erom wat het vermogen van de schuldenaar heeft verlaten, niet om hetgeen in het vermogen van de Anfechtungsgegner is terechtgekomen, aldus BGH 31 maart 1978, BGHZ 71, p. 61; Jauernig, p. 135 met een beroep op BGH 26 april 1961, JZ 1962, p. 24; Kilger/Huber, p. 107.

vergoeden.⁶⁴ Voor eventueel nadeel dat de Anfechtungsgegner lijdt, kan hij zich verhalen op de schuldenaar, § 7 en § 8 AnfG.

BIEDT DE PAULIANA HIER KANSEN?

Tenzij echtgenoten dit stelsel kiezen met de bedoeling van benadeling, hetgeen ik mij nauwelijks kan voorstellen, zal in de regel het antwoord negatief zijn.

15.5 Verhaalspositie van derden op de vermogens der echtgenoten bij beëindiging van de Gütertrennung

Aangezien het Duitse recht minder varianten kent waardoor een regime kan eindigen, zal in het vervolg van dit hoofdstuk, anders bij het Nederlandse complement, in beginsel alleen de beëindiging van de stelsels worden behandeld, zonder onderscheid te maken naar de reden daarvan en de weg die is gevolgd om het resultaat te bereiken.

BEËINDIGING VAN DE GÜTERTRENNUNG

Bij beëindiging van de Gütertrennung bij beëindiging van het huwelijk veranderen de verhaalsmogelijkheden van de derde bij beëindiging van de Gütertrennung niet omdat de vermogens van de echtgenoten apart waren en ook apart dienden tot verhaal van schulden die elk der echtgenoten had aangegaan. Schulden die zij gezamenlijk hadden aangegaan, kunnen op beider vermogens verhaald worden.

Als echtgenoten overgaan op Zugewinnngemeinschaft blijven de vermogens apart en komt alleen het recht op Zugewinnausgleich erbij maar dat is voor het moment van de verandering nog niet van invloed op de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers die dan een vordering op een der echtgenoten hebben.

Gaan echtgenoten op de Gütergemeinschaft over dan is het mogelijk voor schuldeisers die vorderingen op de echtgenoten hebben verkregen vóór de regimewijziging, om ter voldoening daarvan verhaal te nemen op de goederen der gemeenschap, maar ook de privégoederen van beide echtgenoten zijn verhaalsmassa geworden, zie § 1437/1438 en § 1459/1460.⁶⁵ Het zijn zogenaamde ‘doppelt angelehnte Gesamthandsschulden’ geworden.

ACTIO PAULIANA BIJ WIJZIGING VAN GÜTERTRENNUNG NAAR EEN ANDER REGIME OF BIJ ECHTSCHIEDING VAN ECHTGENOTEN DIE IN GÜTERTRENNUNG WAREN GEHUWD?

In beginsel hebben schuldeisers geen recht op continuering van een goederen-

⁶⁴ BGH 9 december 1993, NJ 1994, p. 726.

⁶⁵ Zie Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 614-615.

rechtsstelsel.⁶⁶ Als echtgenoten na de Gütertrennung Zugewinnngemeinschaft overeenkomen dan hebben de schuldeisers niets te vrezen. Tussen deze twee stelsels bestaat verhaalsrechtelijk tijdens het huwelijk geen verschil. Kiezen zij voor Gütergemeinschaft dan zou dit verschil kunnen maken voor de verhaalsmogelijkheden, net als in Nederland. Moeten schuldeisers de mogelijkheid hebben om dit te kunnen 'anfechten'? In de Duitse literatuur is hier nauwelijks iets over geschreven. Waarschijnlijk is dit niet mogelijk omdat in de overgang naar de gemeenschap van goederen in de regel geen schenking wordt gezien.⁶⁷ De Schenkungsanfechtung (zie onderdeel 15.4.2) komt niet in aanmerking. Als echtgenoten de overgang doen plaatsvinden met een benadelingsbedoeling (hoewel ik mij dat in deze samenhang moeilijk voor kan stellen) dan zou op grond van § 3 sub 1 of 2 AnfG een actio pauliana kunnen worden ingesteld.

15.6 Verhaalspositie van derden op de vermogens der echtgenoten bij beëindiging van de Zugewinnngemeinschaft

Bij beëindiging⁶⁸ van de Zugewinnngemeinschaft moet een afrekening van de Zugewinn plaatsvinden, § 1372. Eenvoudig gezegd, wordt naar de vermogensvermeerdering van beide echtgenoten tijdens het huwelijk gekeken. Indien de één een grotere vermogenstoewas heeft dan de andere⁶⁹ dan moet de eerste de helft van die vermeerdering aan de ander uitkeren. Dit is in beginsel een verplichting tot betaling van de waarde, niet tot afgifte in natura.⁷⁰ Indien de aanwezige activa daarvoor niet toereikend zijn en de benadeelde echtgenoot kan aantonen dat de andere echtgenoot transacties heeft aangegaan om hem te benadelen, dan kan hij de wederpartijen van die transacties tot betaling aanspreken, § 1390. Het vorderingsrecht ten aanzien van de Zugewinnausgleich kan mijns inziens weer als verhaalsobject dienen voor schuldeisers van de gerechtigde echtgenoot.

Bij de overgang van Zugewinnngemeinschaft naar Gütertrennung verandert

66 BGH 20 oktober 1971, BGHZ 57, p. 123; NJW 1972, p. 48.

67 Uitzonderingen bevestigen ook hier de regel: RG 22 november 1915, RGZ 87, p. 301. De hoofdregel wordt bevestigd in BGH 27 november 1991, NJW 1992, p. 558; FamRZ 1992, p. 304.

68 Het geval dat het huwelijk eindigt door de dood van een der echtgenoten wordt buiten beschouwing gelaten omdat in het Duitse recht dan een vervlechting van huwelijksgoederen- en erfrecht kan optreden die buiten het verband van dit onderzoek valt.

69 Een negatieve Zugewinn wordt altijd op DM 0,= gesteld, zodat de uitkerende echtgenoot minstens de helft van het hem resterende vermogen mag houden. OLG München, 11 april 1975, MDR 1976, p. 316.

70 Als de verrekening via het huwelijksgoederenrecht volkomen ontoereikend en onaanvaardbaar is voor een der echtgenoten (schlechthin unangemessen und unzumutbar) dan kan daarnaast nog plaats zijn voor een teruggave in natura, zie § 1383 BGB. Een toepassing daarvan is BGH 10 juli 1991, NJW 1991, p. 2553. I.c. moesten de opbrengsten van de verkoop van waardepapieren worden afgedragen.

niets in de aansprakelijkheid van de echtgenoten, omdat er goederenrechtelijk geen veranderingen optreden. Ook hier moet weer worden afgerekend, zie hiervoor.

Bij de overgang van de Zugewinnngemeinschaft naar de Gütergemeinschaft hebben crediteuren in de regel weer voordeel. In het algemeen geldt immers dat bestaande schulden dubbelt angelehnte Gesamthandsschulden worden en dus kunnen worden verhaald op zowel het gemeenschappelijk vermogen alsook de privévermogens van de echtgenoten, § 1459 en 1438.⁷¹ De aanspraak op Zugewinn geldt hierbij als ingebracht goed van de zijde van de gerechtigde.⁷²

15.7 Verhaalspositie van derden op de vermogens der echtgenoten bij beëindiging van de Gütergemeinschaft

De beëindiging van de gemeenschap kan wel op verschillende wijzen plaatsvinden. Eerst zullen enkele aspecten worden behandeld die voor alle beëindigingsmogelijkheden gelden. Daarna zullen de bijzonderheden aan de orde komen die horen bij een specifieke wijze van beëindiging van de gemeenschap.

AANSPRAKELIJKHEID VAN DE ECHTGENOTEN VOOR GEMEENSCHAPSSCHULDEN DIE NOG NIET ZIJN VOLDAAN TEN TIJDE VAN DE BOEDELSCHIEDING, § 1480 BGB

Naar Duits recht kan in beginsel alleen scheiding en deling van de gemeenschap plaatsvinden als alle openstaande gemeenschapsschulden zijn voldaan, § 1475. Dit heeft alleen betrekking op schulden die voor de beëindiging van de Gütergemeinschaft zijn ontstaan.⁷³ Mocht de boedelscheiding toch plaatsvinden voordat aan dit vereiste is voldaan, dan treedt een probleem op dat wij in Nederland ook kennen bij de opheffing van de gemeenschap, en dat in Nederland wordt tegengegaan door art. 1:102. Voor het Duitse recht bepaalt § 1480 dat een echtgenoot die vermogensbestanddelen uit de gemeenschap krijgt, voor die bestanddelen verhaal biedt voor de op dat moment nog bestaande gemeenschapsschulden als hij daarvoor niet voor die schuld aansprakelijk was.⁷⁴ Dat heeft tot gevolg dat alle oorspronkelijke gemeenschapsgoederen verhaalsmassa blijven voor de gemeenschapscrediteuren, net als vóór de boedelscheiding tot welk moment § 1459 voor de gemeenschappe-

71 Zie onderdeel 6.2 voor gemeinschaftliche Verwaltung en 6.3 voor Einzelverwaltung.

72 BGH 18 oktober 1989, FamRZ 1990, p. 256.

73 Zie voor een geval waar dit problemen opleverde: OLG München 13 juli 1994, FamRZ 1996, p. 290.

74 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 1 bij § 1480.

lijke Verwaltung en § 1437 voor Einzelverwaltung geldt.⁷⁵ Deze bepalingen houden in dat beide echtgenoten aansprakelijk zijn voor Gesamtschulden tenzij zij ten laste van één echtgenoot komen.

De Duitse wet heeft door de formulering van § 1480 ook gelijk geregeld wat moet gebeuren als een der echtgenoten niets uit de gemeenschap krijgt: hij wordt dan ook niet aansprakelijk voor die schulden als hij dat voordien ook niet was.⁷⁶ Deze aansprakelijkheid kan worden voorkomen doordat echtgenoten voor het begin van de boedelscheiding eerst de gemeenschapsschulden voldoen. Zij kunnen ook zoveel vermogensbestanddelen ‘zurückbehalten’, dat daarmee alle nog openstaande gemeenschapsschulden kunnen worden voldaan, § 1475. Daardoor wordt voorkomen dat gemeenschapsschuldeisers door de deling eventueel benadeeld kunnen worden en is de bijzondere aansprakelijkheidstelling van § 1480 niet nodig.⁷⁷

Bij Einzelverwaltung wordt de niet-bevoegde echtgenoot beschermd tegen de extra aansprakelijkheid:⁷⁸ § 1481 bepaalt dat die echtgenoot nooit voor meer dan de helft van de schuld intern aansprakelijk is en ook niet voor meer dan het deel dat hij uit het Gesamtgut krijgt uitgekeerd. Heeft hij reeds betaald, dan kan hij voor het teveel betaalde regres nemen op de besturende echtgenoot.⁷⁹ Extern bestaat deze beperking niet, § 1489, maar wordt het verhaal beperkt tot het deel van de gemeenschapsgoederen dat aan de voorheen niet aansprakelijke echtgenoot wordt toegescheiden.

Daarmee wordt het risico van het gevoerde bestuur op de Einzelverwalter gelegd. Dit houdt ook in dat voor gevallen waarbij de niet-besturende echtgenoot aansprakelijk was voor een schuld en hij deze heeft voldaan, hij hiervoor door de andere echtgenoot intern moet worden gecompenseerd, indien hij daardoor voor meer dan zijn aandeel uit de gemeenschap zou moeten bijdragen.⁸⁰ Voor gemeenschapsschulden waarvoor de schuldeisers zich uit het privévermogen van de besturende echtgenoot hebben verhaald, geldt wel een recht op verrekening jegens de niet-besturende echtgenoot, maar dan alleen tot de eerder genoemde grens van het deel dat deze uit de gemeenschap krijgt toebedeeld. Het gevolg voor de Einzelverwalter kan zijn dat hij optredende tekorten uit zijn privévermogen moet aanzuiveren.⁸¹

75 Zie hierover ook onderdeel 6.3. MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 4 bij § 1459 met verdere verwijzingen. Deze persoonlijke aansprakelijkheid voor de schulden van de andere echtgenoot eindigt absoluut; § 1412 beschermt derden in casu niet. MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 9 bij § 1459.

76 Dörr, NJW 1989, p. 1962 met verwijzing naar o.m. BGH 5 juni 1985, NJW 1985, p. 3066; BGH 13 april 1988, NJW-RR 1988, p. 1156; FamRZ 1988, p. 813.

77 Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, p. 162 met verwijzingen naar jurisprudentie voor verschillende afrekeningsvarianten.

78 Dit geldt natuurlijk niet voor schulden waarvoor die echtgenoot voordien ook al aansprakelijk was. Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 633.

79 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 2 bij § 1481.

80 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 4 bij § 1481.

81 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 4-5 bij § 1481.

Dit lijkt mij redelijk omdat het (mede) van het gevolgde beleid van de besturende echtgenoot afhangt hoe groot het gemeenschappelijk vermogen bij de verdeling is.

ENKELE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKINGEN

Bij de beëindiging van de Gütergemeinschaft doen zich, zoals reeds opgemerkt, ook in het Duitse recht ingrijpende veranderingen voor in de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers der echtgenoten. In de correctie van het verlies van verhaalsobjecten gaat het Duitse recht verder, maar beperkt het verhaal tot gevallen waarin echtgenoten gemeinschaftliche Verwaltung hadden. Zoals reeds eerder gesteld, is dit verklaarbaar vanuit de gedachte van gezamenlijk bestuur.

Binnen de figuur van beëindiging van de Gütergemeinschaft treffen wij ook een variant aan die lijkt op de Nederlandse figuur afstand van de gemeenschap: de situatie dat de hele gemeenschap aan een der echtgenoten wordt toebedeeld. Daaraan verbindt § 1480 het rechtsgevolg dat de echtgenoot die niets krijgt, ook niet aansprakelijk wordt voor schulden die niet had aangegaan. Dit is vergelijkbaar met het Nederlandse art. 1:103 lid 4.

Bij Einzelverwaltung geldt een in het Nederlandse recht in die vorm onbekende vrijwaringsregeling. Het effect is intern vergelijkbaar met dat van art. 1:102: de nicht-verwaltende echtgenoot hoeft zelf niet meer aan de derde te betalen dan de helft van de schuld en bovendien niet meer dan het deel bedraagt dat hem van de gemeenschap wordt toegedeeld.

Extern is de Duitse regeling voor schuldeisers waarschijnlijk gunstiger dan de Nederlandse. De schuldeiser kan immers beide echtgenoten aanspreken voor het geheel der openstaande gemeenschapsschulden, waarbij de beperking tot de helft van de gemeenschapsschuld, die art. 1:102 aangeeft, in het Duitse recht niet geldt. Positief voor Duitse echtgenoten is wel dat de overkill-factor van art. 1:102 wordt vermeden: verhaal wordt niet mede mogelijk op privégoederen van de echtgenoot die de schuld niet had aangegaan.

15.7.1 Verhaalspositie van derden op de vermogens der echtgenoten bij beëindiging van de gemeenschap door echtscheiding voordat de boedelscheiding heeft plaatsgevonden

Het is irrelevant op welke grond de gemeenschap van goederen is geëindigd; deze kan ook gelegen zijn in een Ehevertrag. Beslissend is alleen dat de boedelscheiding nog niet geheel is afgewikkeld op het moment dat de echtscheiding plaatsvindt. In dat geval kan worden afgeweken van de regel dat de gemeenschap van goederen bij helften wordt verdeeld: § 1478 bepaalt, kort samengevat, dat ieder der echtgenoten de waarde terugkrijgt van hetgeen hij in de gemeenschap van goederen heeft ingebracht onder aftrek van de inge-

brachte schulden, als minstens één der echtgenoten daarom verzoekt.⁸² De bedoeling is dat niet één der echtgenoten bevoordeeld wordt door de verdeling van het gemeenschappelijk vermogen.⁸³ Mocht het vermogen niet toereikend zijn voor de uitbetaling, dan wordt het negatieve verschil naar rato van hetgeen partijen uitbetaald krijgen, daarvan afgetrokken.

In de literatuur wordt deze verrekenwijze als een goede oplossing gezien.⁸⁴ Deze regeling is geen dwingend recht; echtgenoten kunnen deze mogelijkheid ook in een Ehevertrag of een echtscheidingsconvenant uitsluiten.⁸⁵ Aangezien de afrekening ex § 1478 een wettelijke variant is, kan een derde die hierdoor benadeeld is, daar niet tegen optreden met een actio pauliana.⁸⁶

Derden-gemeenschapsschuldeisers worden door de gang van zaken niet benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden, omdat zij steeds verhaal houden op de vermogensbestanddelen die onderdeel waren van het gemeenschappelijk vermogen. Met de interne afrekening tussen de echtgenoten hebben zij niets te maken. Privéschuldeisers van de echtgenoten, en met name de Einzelverwalter, kunnen daardoor minder verhaalsmassa krijgen. Als de weg van § 1480 geen soelaas biedt dan kan altijd nog een Anfechtungsklage worden ingediend als de derde door de verdeling van de gemeenschap wordt benadeeld.⁸⁷

Schuldeisers, die beide echtgenoten tot schuldenaar hebben, bijvoorbeeld op grond van § 1357, houden de daarmee verbonden verhaalsrechten ook na de boedelscheiding.⁸⁸

15.7.2 Verhaalspositie van derden op de vermogens der echtgenoten bij beëindiging van de gemeenschap door het maken van een andersluidende Ehevertrag

In de regel wordt bij beëindiging van de Gütergemeinschaft door nieuwe huwelijkse voorwaarden gelijk een overeenkomst betreffende de scheiding en deling gesloten. De echtgenoten zullen er eerst voor moeten zorgen dat de Gesamthandsschulden en de reprises en de recompenses worden afgerekend.⁸⁹ Indien de Auseinandersetzungsvertrag nadelig is voor de schuldeisers van de echtgenoten dan kunnen deze de overeenkomst aantasten mits aan de verdere vereisten van § 3 AnfG is voldaan.⁹⁰

82 Behmer, FamRZ 1988, p. 341; MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 3-6 bij § 1478. Zie in de daarop volgende aantekeningen voor details omtrent de berekening van de inbreng.

83 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 1 bij § 1478; Dörr, NJW 1989, p. 1962.

84 MünchKomm, Randnr. 4-5 bij § 1478.

85 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 13-14 bij § 1478.

86 Kilger/Huber, p. 78. Dit geldt ook voor andere gevallen waarin een echtgenoot een recht heeft op beëindiging van een regime.

87 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 10 bij § 1480.

88 BGB-RGRK-Finke Anm. 4 bij § 1481.

89 Staudinger-Thiele § 1475 Rn 3.

90 BGH 20 oktober 1971, BGHZ 57, p. 123; NJW 1972, p. 48.

De derde kan niet de huwelijkse voorwaarden zelf aantasten, omdat deze vallen onder de partijautonomie van de echtgenoten. Bovendien is niet voldaan aan de eis van causaal verband tussen de aan te tasten rechtshandeling en de benadeling. De benadeling is immers het gevolg van de concrete verdeling van de goederen. Hij kan bijvoorbeeld door middel van een Schenkungsanfechtung, § 3 sub 4 AnfG, de Auseinandersetzungsvertrag,⁹¹ de overeenkomst betreffende de boedelscheiding aantasten,⁹² als de echtgenoten buiten redelijke verhoudingen van de wettelijke 50-50%-verdelingsmaatstaf zijn afgeweken.⁹³ Dit is niet slechts daarom al mogelijk omdat de verdeling niet bij helften is geschied. Deze regeling lijkt sterk op die in het Nederlandse recht.

15.7.3 Verhaalspositie van derden op de vermogens der echtgenoten bij beëindiging van de gemeenschap door een opheffingsvonnis

De boedelscheiding in dit geval is nader geregeld in § 1479. De echtgenoot die eiser in de procedure was kan kiezen of hij gebruik maakt van het recht dat § 1479 hem geeft, om de peildatum voor de boedelscheiding op de dag van het instellen van de vordering te stellen.⁹⁴ Hierdoor kan worden voorkomen dat de gedaagde echtgenoot door vertragingstactieken voor zichzelf financieel gunstige manipulaties kan uitvoeren.⁹⁵ Opmerkelijk is dat deze gang van zaken geen gevolgen heeft voor derden. Beschikkingen die in de tussentijd worden verricht, worden volgens de gewone regels op hun geldigheid beoordeeld, waarbij niet van invloed is of de echtgenoot gebruik heeft gemaakt van § 1479 of niet.⁹⁶ De crediteur kan gewoon verhaal nemen zoals in andere gevallen waarbij de aansprakelijkheid van een echtgenoot voor de boedelscheiding is ontstaan.

91 Deze overeenkomst heeft alleen obligatoire werking. De overgang van de goederen daarna kan alleen door levering van de verschillende vermogensbestanddelen geschieden. Staudinger-Thiele § 1474 Rn 3 met beroep op OLG Hamm 18 mei 1979, FamRZ 1979, p. 811; MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 5 bij § 1474. Dit is slechts anders bij overlijden van de ene echtgenoot, maar de erfrechtelijke gevolgen laat ik rusten. Zie hiervoor o.a. Staudinger-Thiele § 1474 Rn 4.

92 BGH 20 oktober 1971, NJW 1972, p. 48; BGHZ 57, p. 123. I.c. ging het om de overgang van de Gütergemeinschaft naar de Gütertrennung.

93 BGH 20 oktober 1971, BGHZ 57, p. 123; NJW 1972, p. 48.

94 Van deze mogelijkheid kan niet in het algemeen worden afstand gedaan, alleen naar aanleiding van een concreet conflict. MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 6 bij § 1479.

95 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 1 bij § 1479.

96 MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 4 bij § 1479 met verdere verwijzingen naar deels afwijkende opvattingen.

Deel D

Conclusies uit de vergelijking van het Nederlandse en Duitse
interne recht inzake de huwelijksvermogensrechtelijke
derdenbescherming

Vergelijking van de omvang van de derdenbescherming in het Nederlandse en Duitse recht

In de hoofdstukken 1-15 werd met name bekeken, welke de positie van derden is bij een vergelijkbaar stelsel, wettelijke gemeenschap - Gütergemeinschaft, Zugewinnngemeinschaft en Gütertrennung - splitsingsstelsel. In dit hoofdstuk wordt meer gekeken naar de positie van wederpartijen en schuldeisers bij het wettelijk stelsel in Nederland en Duitsland. Getalsmatig huwen in beide landen zeer grote delen van de bevolking immers in het geldende wettelijke stelsel.

16.1 Vergelijking van de goederenrechtelijke positie van derden die goederen verkrijgen van een gehuwde in het wettelijk stelsel

Het huwen in de wettelijke gemeenschap van goederen brengt een dusdanige bestuursverdeling met zich mee, dat - afgezien van bijzondere omstandigheden zoals art. 1:97 lid 2 of 1:91 lid 1 - dezelfde persoon bestuursbevoegd is als ware hij niet gehuwd. Hiermee verklaar ik mij voorstander van de bestuursverdeling zoals het Nederlandse recht deze kent. Hoewel zij aan leken lastig is uit te leggen, blijkt zij tot gevolg te hebben dat de bestuursbevoegdheid bij gehuwden, hoewel er een gemeenschap van goederen is ontstaan, weinig afwijkt van de beschikkingsbevoegdheid bij ongehuwden. Aangezien dit een van mijn desiderata is, ben ik niet ontevreden met de huidige regeling. Alternatieve voorstellen, zoals facultatief bestuur waarbij beide echtgenoten bestuursbevoegd zijn ten aanzien van hun goederen, mogen praktisch eenvoudig uit te leggen zijn, maar dogmatisch zijn deze veel ingewikkelder, omdat men naast de 'gewone' beschikkingsbevoegdheid en de gezamenlijke bevoegdheid van art. 3:170 nog een derde bevoegdheidsverdeling creëert. Daar komt nog bij dat derden kunnen profiteren van een verlichte onderzoeksplicht indien zij worden geconfronteerd met bestuursonbevoegdheid indien zij een art. 3:86-goed willen verkrijgen. Mocht het onverhoopt niet tot een verkrijging komen, dan zal - behalve in het geval van art. 1:88 - in ieder geval een schadevergoedingsactie wegens wanprestatie mogelijk zijn.

Bij registergoederen is een derde door de werking van registers gewaar-

schuwd, omdat hij de opnaamstelling van het goed kan controleren. Dit gaat niet op voor andere goederen die buiten art. 1:92 j° 3:86 vallen, en waar bij huwelijksvermogensrechtelijke onbevoegdheid slechts een bescherming op grond van art. 3:36 overblijft. Dit speelt bijvoorbeeld bij cessie van vorderingen op naam. Bij de verkrijging van dit soort goederen loopt een derde mijns inziens geen noemenswaardig groter risico op onbevoegdheid van zijn wederpartij, louter omdat deze gehuwd is.

In het Duitse recht treedt weliswaar geen goederenrechtelijke verandering op door de huwelijksluiting omdat de Zugewinnngemeinschaft een splitsingsstelsel is.¹ De gevolgen van § 935 BGB bij de verkrijging van goederen uit de echtelijke woning zijn daarentegen veel ingrijpender, omdat de derde nooit eigenaar kan worden als de goederen tegen de zin van de andere echtgenoot of zelfs zonder diens medeweten aan diens Mitbesitz worden onttrokken. Vanuit Nederlands standpunt is dit een zeer vergaande bescherming van de echtelijke woning en de daarbij behorende inboedel. Het Nederlandse recht kent ook een bescherming van de echtelijke woning, maar deze leidt slechts tot vernietigbaarheid. Vernietiging vergt altijd een actief ingrijpen van de andere echtgenoot. Zit hij (te lang) stil, dan blijft de rechtshandeling gewoon in stand.

16.2 Toestemmingsgebonden rechtshandelingen en derden

Zoals reeds aangesproken, omringen beide rechtsstelsels de echtelijke woning met bijzondere aandacht. In het Nederlandse recht verloopt de bescherming via een vernietigingsmogelijkheid van art. 1:88 lid 1 sub a). Het Duitse recht laat de bescherming quasi in 2 stappen verlopen: de inboedel wordt absoluut beschermd via de reeds genoemde ‘abhandenkommen’-regel van § 935; het onroerende goed zelf wordt bij echtgenoten in de Zugewinnngemeinschaft slechts indirect beschermd. Bij de meeste echtgenoten zal vervreemding van de echtelijke woning onder de Gesamtvermögensgeschäfte van § 1365 vallen, maar bij puissant rijke echtgenoten is het behoud van de echtelijke woonomgeving niet gewaarborgd. Slechts overeenkomsten tot beschikken en beschikkingen zelf over inboedelgoederen van echtelijke woning zijn aan toestemming van de andere echtgenoot gebonden, § 1369. De overige categorieën van rechtshandelingen die het Nederlandse recht aan toestemming bindt, kunnen in het Duitse recht zelfstandig worden verricht, zolang het geen Gesamtvermögensgeschäft betreft. Aangezien de grens waarboven op grond van deze bepaling toestemming is vereist, vrij hoog ligt biedt de Nederlandse regeling een betere bescherming voor de andere echtgenoot, zolang het maar

1 Het feit dat men door de naam van het stelsel een verkeerde indruk kan krijgen met betrekking tot de rechtsgevolgen ervan, laat ik in deze beschouwingen rusten. Deze overwegingen zijn praktisch wellicht relevant, maar missen directe juridische betekenis.

een van de rechtshandelingen van art. 1:88 betreft. Het vervreemden van een huis dat niet de echtelijke woning is, is naar Nederlands recht bijvoorbeeld onbeperkt mogelijk, zolang het maar tegen een redelijke prijs geschiedt, omdat het anders een aan toestemming gebonden schenking zou zijn. Naar Duits recht bestaat de kans dat het een Gesamtvermögensgeschäft is, dat aan toestemming is onderworpen, ongeacht de tegenprestatie die daarvoor wordt betaald.

In deze gaat mijn voorkeur uit naar het Nederlandse systeem, hoewel de regeling ten aanzien van borgtochten en vergelijkbare rechtshandelingen van aandeelhouders voor verbetering vatbaar is. Het voordeel is dat daarin meer aandacht wordt besteed aan specifieke doelen die moeten worden beschermd, waardoor ook voor derden eerder duidelijk is, dat men met een potentieel 'gevaarlijke' rechtshandeling te maken heeft. Daarnaast zijn alle schenkingen van grotere omvang altijd aan toestemming onderworpen. Dat geldt ongeacht de precieze uitwerking in een concreet geval. Ook een koopovereenkomst onder kwijtschelding van (een deel van) de koopprijs valt dan onder het toestemmingsvereiste.

Opvallend is dat in beide rechtsstelsels geen toestemmingsvereiste geldt voor het verkrijgen van een lening, hoewel in de literatuur aan beide zijden van de grens om een dergelijke bescherming wordt verzocht. Naar Nederlands recht is wel de koop op afbetaling aan toestemming onderworpen, maar indien de echtgenoot daarvoor eerst het benodigde geld leent en daarmee het goed aanschafft, is de andere echtgenoot geheel buiten de gang van zaken gehouden. Ik sluit mij aan bij de kritiek tegen het feit dat ook grotere kredieten geheel buiten medeweten van de andere echtgenoot kunnen worden gesloten, omdat deze - zo is helaas de trieste ervaring bij gezinnen op het bestaansminimum - voor de (financiële) basis even schadelijk zijn als andere rechtshandelingen die wel aan toestemming zijn onderworpen.

16.3 Gevolgen van huwelijksvoorwaarden voor derden

Opvallend is dat - afgezien van enkele technische details zoals bijvoorbeeld de plaats van inschrijving - beide onderzochte rechtsstelsels een huwelijks-goederenregister kennen. In beide landen is de inzagefrequentie door derden veel lager dan - althans volgens een deel van de literatuur - de automatische kennis bij derden van het geregistreerde zou rechtvaardigen. Verschillend is dat in Nederland wel gebruikelijk is dat huwelijksvoorwaarden worden ingeschreven, terwijl dit in Duitsland nogal eens achterwege blijft.

Maken echtgenoten in Nederland huwelijksvoorwaarden zo heeft dit, wat de derde betreft, vooral gevolgen voor het verhaal, daar bestuursovereenkomsten zeer zeldzaam zijn. De overgang van een gemeenschap naar een split-

singsstelsel of andersom heeft nauwelijks gevolgen voor het bestuur, tenzij het goed dat uit een wettelijke gemeenschap komt nog niet is verdeeld, en gezamenlijk bestuur ex art. 3:170 geldt. Overigens is meestal degene bestuursbevoegd die het goed heeft verkregen.

In Duitsland wordt meestal Zugewinnngemeinschaft of Gütertrennung als regime gekozen, waarbij ook de bestuursverdeling dezelfde is. Slechts bij de Gütergemeinschaft moeten derden weten, of echtgenoten Einzelverwaltung door een van hen zijn overeengekomen. In beide gevallen is de afwijking van de 'normale' situatie groot. Derden kunnen dit alleen tegengeworpen krijgen als zij hiervan op de hoogte zijn of dit is ingeschreven in het Güterrechtsregister, waar ook gegevens over de omvang van de gemeenschap zijn te vinden. Wilden echtgenoten niet een alles omvattende Gütergemeinschaft, dan bestaat nog de mogelijkheid om veel in het Vorbehaltsgut onder te brengen.

Deze laatste mogelijkheid hebben Nederlandse echtgenoten in mindere mate. Zij kunnen, zo is men het in de literatuur eens, wel een beperkte wettelijke gemeenschap overeenkomen, bijvoorbeeld een gemeenschap van inboedel, maar of een gemeenschap van echtelijke woning mogelijk is, is alweer omstreden. Een voor derden niet onbelangrijke kwestie, aangezien zij direct van invloed is op de bestuursverdeling. De Duitse mogelijkheden op dit terrein lijken mij ook voor Nederland bruikbaar. Doordat de afwijkingen van de wettelijke gemeenschap worden gepubliceerd, lijken zij mij op de rechtszekerheid geen onacceptabele inbreuk te maken.

Daarnaast lijkt mij, ook in het tijdperk van toenemende elektronische toegankelijkheid van registers, de Duitse regeling inzake de publicatie van huwelijksvoorwaarden ook in Nederland navolging te verdienen. Bij verhuizingen zijn allerlei persoonsgegevens door te geven. Het zou daarbij niet veel extra moeite zijn om ook bij het plaatselijke huwelijksgoederenregister aan te geven of men een afwijking van het wettelijk stelsel is overeengekomen. Daarbij worden echtgenoten ook weer eens met deze materie geconfronteerd, hetgeen mij niet onvoordelig lijkt. Voor derden heeft dit het grote voordeel dat eenvoudiger is na te gaan of een echtpaar huwelijksvoorwaarden heeft gemaakt. De opvatting van auteurs als Van der Burght, die huwelijksvoorwaarden alleen willen laten gelden als derden er ook daadwerkelijk van op de hoogte zijn, boet daarmee enige scherpte in. Voor derden is het - mits zij hierin zijn geïnteresseerd - dan veel eenvoudiger om de gezochte informatie te verkrijgen.

Een centraal huwelijksgoederenregister zou de gebruiksvriendelijkheid daarbij nog vergroten. De instelling ervan kan in het huidige tijdperk van elektronische gegevensverwerking ook als resultaat van een koppeling van allerlei bestanden worden bereikt. Het ligt in de bedoeling dat omstreeks begin 1997 een eerste test-fase ingaat van een on-line-verbinding voor nota-

rissen naar het huwelijksgoederenregister.²

De ‘wachttijd’ van het Nederlandse recht, waardoor huwelijksvoorwaarden staande huwelijk opgemaakt, die in het huwelijksgoederenregister zijn ingeschreven, pas na 14 dagen na de inschrijving aan derden te goeder trouw kunnen worden tegengeworpen, is in het Duitse recht niet bekend. Neemt men de inschrijving in dit register serieus, dan lijkt mij dit een bruikbare extra bescherming van derden, die de echtgenoten niet bovenmatig hoeft te hinderen. Zij kunnen immers door mededeling van hun regime aan de wederpartij bereiken dat deze van de regeling op de hoogte geraakt en daardoor de inhoud ervan tegen zich moet laten werken. Op deze wijze beschermt men een derde die probeert zich tegen verrassingen in te dekken, maar die niet elke dag contact kan leggen met het register. Zou men de gegevens van het huwelijksgoederenregister koppelen en in elektronische vorm toegankelijk maken, dan zou het bijvoorbeeld voor een notaris vrij eenvoudig zijn om de inhoud van het huwelijksgoederenregister vast te stellen. Het zou dan ten tijde van de onderhandelingen betreffende een object voldoende zijn om zich eenmaal op de hoogte te stellen van de inschrijvingen, en wellicht een laatste controle vlak voordat de transactie tot stand komt, maar het luistert dan niet zo nauw als bij het onroerendgoedregister, dat immers een andere status heeft in het huidige recht. Met dit verschil kan ik mij wel verenigen.

De Nederlandse houding is nog op een ander terrein praktischer voor zowel derden als de echtgenoten zelf: hier te lande zijn ambtenaren van het huwelijksgoederenregister veel eerder geneigd om aangeboden informatie te publiceren. De strikte Duitse houding in deze, waarbij wordt gestreefd om alleen dat in te schrijven wat direct voor derden relevant is en op dit punt ook onzekerheid oproept, maakt mijns inziens de materie nodeloos ingewikkeld.

Omdat het Duitse recht, afgezien van de goederenrechtelijke verdeling, ook op het gebied van de toestemmingsvereisten een onderscheid maakt naar het regime dat tussen echtgenoten geldt, is het in het Duitse recht van groot belang, dat duidelijk is welk regime in een concreet geval bestaat. Daarmee is het ook lastig als mensen modificaties op bestaande regimes aanbrengen. Heeft men bijvoorbeeld gewild dat de Zugewinnngemeinschaft geldt, maar heeft men daarvan enkele aspecten ‘weggekozen’, of geldt een soort van Gütertrennung, zo wordt nog wel eens aan echtgenoten gevraagd. Op dit vlak lijkt mij het Nederlandse recht terecht veel eenvoudiger. Voor alle echtgenoten gelden de bepalingen van titel 1.6 BW, ongeacht het regime. Hierbij is het voor derden ook niet nodig om de details van het in een concreet geval geldende regime te achterhalen. Een groot voordeel, zo komt mij voor.

2 De Jong, Preadvies KNB 1996, p. 98.

16.4 Functie van de rechterlijke goedkeuring bij huwelijksvoorwaarden staande huwelijk

Anders dan het Duitse recht kent het Nederlandse een verplichte rechterlijke goedkeuring bij huwelijksvoorwaarden staande huwelijk. De rechter toetst of er een gegronde reden is voor de wijziging en of de crediteuren van de echtgenoten niet worden benadeeld door de overgang. In de Nederlandse literatuur is op verschillende plaatsen gepleit voor afschaffing van de rechterlijke toetsing.³ Hoofdrede voor deze opvatting is dat de rechterlijke goedkeuring de inschakeling van een procureur vereist. Dit heeft ten eerste als nadeel dat de echtgenoten extra kosten moeten maken, terwijl de toegevoegde waarde van een procureur vaak klein is. De kennis van het huwelijksvermogensrecht bij het notariaat is in de regel zoveel groter dan in de advocatuur, dat de notaris het werk achter de schermen moet doen en de procureur een meer formele rol speelt.

Ten tweede blijkt dat de rechter slechts beperkt kan toetsen. Hij is aangewezen op de gegevens die hem worden verstrekt. De zaak aangaande de Leidse huwelijksvoorwaarden gevolgd door afstand van de gemeenschap⁴ waarbij de rechter gevraagd werd om huwelijksvoorwaarden goed te keuren onder het mom van bescherming van de echtgenote tegen de risico's van de uitoefening van een zelfstandig beroep van de man, is een voorbeeld voor een slechte werking van de wettelijke 'checks and balances'. De goedkeuring werd verleend waarna achteraf bleek dat de ware reden was dat de man door vervolgens met een volmacht van zijn vrouw haar afstand van de gemeenschap te bewerkstelligen, bezit wilde nemen van de gehele wettelijke gemeenschap. Gelukkig voor de vrouw werd deze gang van zaken in hoger beroep door het Hof gecorrigeerd.

In de aangehaalde literatuur wordt regelmatig verwezen naar de kennis en onpartijdigheid van het Nederlandse notariaat dat de rechterlijke goedkeuring overbodig zou maken. Het arrest inzake de Groningse notaris⁵ en de zojuist besproken zaak die is opgelost door het Haagse hof zijn daar geen goede voorbeelden van,⁶ maar men moet ook toegeven dat zelfs de rechterlijke controle in de laatstgenoemde zaak eerst geen soelaas heeft kunnen bieden.

3 Hidma, oratie, p. 11 e.v.; Van der Burght, De notaris en de huwelijksvoorwaarden, in "Notariaat en 150 jaar BW", p. 40; Van Mourik, Huwelijksvermogensrecht, p. 140; Klaassen-Eggens-Luijten, p. 203-204, met een uitdrukkelijke verwijzing naar het Duitse recht dat ook zonder rechterlijke goedkeuring geen ernstige ontsporingen kent, die niet met de middelen van het algemene vermogensrecht gekeerd zouden kunnen worden.

4 Hof Den Haag 22 december 1983, NJ 1985 860.

5 HR 20 januari 1989, NJ 1989 766.

6 De Groningse notaris-zaak is een kwalijk voorbeeld van een notaris en een rechter die samen onder een hoedje spelen ten nadele van de echtgenote. Ook in de Leidse zaak is zij de dupe en heeft geen enkele baat bij haar juridische achtergrond aangezien zij niet de gelegenheid heeft gehad om op de cruciale momenten aanwezig te zijn en zo de kwalijke machinaties van haar man een halt toe te roepen.

Bij notarissen die hun werk op deze wijze uitvoeren, is helaas geen van de oplossingen bruikbaar. In dat geval zal de benadeelde echtgenoot via een onrechtmatige daad-actie moeten pogen, haar recht te krijgen of moeten proberen om de gewraakte huwelijkse voorwaarden nietig te laten verklaren.

Het Duitse recht dat geen rechterlijke goedkeuring kent, illustreert dat een wijziging van regime tijdens het huwelijk ook zonder rechterlijke goedkeuring kan plaatsvinden, zonder dat de belangen van betrokkenen ernstige schade hoeven op te lopen. Voor schuldeisers is, net als in het Nederlandse recht, een Pauliana-regeling geschapen die benadeling door samenspanning van de echtgenoten kan corrigeren. Daarnaast kent het Duitse recht een regeling die lijkt op een tussenvorm van de regeling van art. 1:102 en de Dozy-clausule: de andere echtgenoot wordt wel volledig aansprakelijk gesteld voor een oude gemeenschapsschuld (anders dan bij art. 1:102, waar men alleen aansprakelijkheid voor de helft van de schuld creëert), maar verhaalsobject zijn alleen die goederen die de niet-handelende echtgenoot zijn toegescheiden uit de gemeenschap. Daarmee voorkomt men de 'overkill' die zowel inherent is aan art. 1:102, alsook aan de Dozy-clausule: bij beide oplossingen kan het privévermogen van de niet-handelende echtgenoot worden uitgewonnen, hetgeen tijdens het bestaan van de gemeenschap niet mogelijk was. De Duitse regeling lijkt mij in deze geen slechte weg. Men komt zo dicht mogelijk bij de verhaalsmogelijkheden die de crediteur tijdens de gemeenschap had.

Het tweede aspect van de rechterlijke goedkeuring, toetsing of er een goede grond aan het maken van huwelijkse voorwaarden ten grondslag ligt, staat enigszins buiten mijn onderzoek, dat zich immers concentreert op de relatie echtgenoten-derden. Daarover kan in dit kader wel worden opgemerkt, dat het Duitse recht een 'goede zeden'-bepaling kent, § 138 BGB, die bij onzedelijke rechtshandelingen soelaas kan bieden. Deze bepaling zou bijvoorbeeld in een casus als de Groningse notaris mijns inziens uitkomst kunnen bieden.

16.5 Is het verdedigbaar dat op de onderzochte terreinen echtgenoten anders worden behandeld dan ongehuwden?

In het Duitse recht is gediscussieerd over de vraag of bepaalde regels verenigbaar zijn met art. 6 lid 1 GG, dat extra bescherming aan het huwelijk en gezin geeft. Deze vraag werd bijvoorbeeld gesteld bij de werking van § 1357, waardoor beide echtgenoten aansprakelijk worden voor huishoudelijke schulden. Aan de andere kant kent het Duitse Grundgesetz, net als het Nederlandse, een gelijkheidsartikel: art. 1 Grw, art. 3 GG.

BINDENDE REGELS INZAKE HUWELIJKSGEVOLGEN EN ART. 8 EVRM

Men kan zich, het onderzochte overziend, afvragen of de behandelde bepa-

lingen en hun uitwerkingen zijn te verenigen met de principes van de genoemde artikelen, en in overeenstemming is met art. 8 EVRM, dat bescherming van de persoonlijke levenssfeer garandeert. De staat mag in de persoonlijke levenssfeer niet verder ingrijpen dan in het belang van een democratische samenleving is vereist, zo vat ik de beperking in lid 2 kort samen. Opvallend is dat vooral gedeelten van het recht die worden gezien als algemene huwelijksgevolgen een dwingend karakter hebben. Men denke bijvoorbeeld aan de toestemming ex art. 1:88 BW. Dit is in Nederland nog sterker dan in Duitsland, waar de afwijking van de wettelijke bepalingen in een Eheverdrag veelal wel mogelijk is. Voor echtgenoten die onder het Nederlandse huwelijksgevolgenrecht vallen⁷ wordt een vrij indringende ingreep van overheidswege in hun gezinsomstandigheden gepleegd. Men kan zich afvragen of deze door de uitzondering van art. 8 EVRM te rechtvaardigen is. Men kan als tegenargument aanvoeren dat mensen niet verplicht zijn om te huwen en zij voor ongehuwd samenleven kunnen opteren als zij de aan het huwelijk verbonden gevolgen niet wensen. Anderzijds werkt het Duitse recht dat minder vergaande ingrepen kent, ook in een democratische samenleving die vergelijkbaar is met de Nederlandse. De ingreep is objectief gezien derhalve niet nodig, lijkt mij.

HET GELIJKHEIDSBEGINSEL, DE GEZINSBESCHERMING EN HET (HUWELIJKS)GOEDERENRECHT

Een ander punt van discussie is de vraag of het gerechtvaardigd is om echtgenoten goederen- en verhaalsrechtelijk anders te behandelen dan anderen, met name ongehuwd samenwonenden. Bijvoorbeeld Van Mourik⁸ is zeer kritisch ten aanzien van de bijzondere derdenbescherming ten nadele van echtgenoten. Omdat de gehuwde staat niet aan mensen is af te lezen⁹ zou het niet juist zijn om een onderscheid te maken tussen gehuwden en ongehuwd samenwonenden, waar men ook het risico loopt dat men handelt met iemand die wil beschikken over goederen die aan de andere partner toebehoren. Enerzijds ben ik het volledig met hem eens: de huwelijkse staat is inderdaad niet voldoende reden om zo'n ingrijpende afwijking van het algemene vermogensrecht te rechtvaardigen. Anderzijds kan ik mij voorstellen dat bij de wetgever de gedachte leeft dat samenwoners naar buiten toe duidelijk te kennen geven dat zij vermogensrechtelijk twee aparte individuen zijn en daarom de normale vermogensrechtelijke regels op hen van toepassing willen zien. Bij echtgenoten zouden de vermogensbestanddelen 'door elkaar' gaan

7 Wanneer voor een echtpaar naar Nederlands en Duits IPR het Nederlandse interne huwelijksvermogens- en huwelijksgevolgenrecht geldt, zal in het tweede deel van dit boek worden behandeld.

8 WPNR 5640 (1983), slot.

9 Het is ook niet zo makkelijk om daar officieel achter te komen, omdat inlichtingen hierover bij het Bevolkingsregister, waar deze informatie ligt opgeslagen, zonder opgave van redenen geweigerd kunnen worden, zie art. 90 lid 1 van het Besluit Bevolkingsregister 1967.

lopen, zodat na verloop van tijd teveel onduidelijkheid over het bestuur zou dreigen te ontstaan waar derden niet de dupe van mogen worden. Dit argument mag wel opgaan voor echtgenoten die in gemeenschap van goederen zijn gehuwd en vermogensrechtelijk min of meer bedoeld hebben om één te worden. Voor echtgenoten die een scheiding van goederen overeen zijn gekomen gaat dit argument zeker niet zomaar op. Voor hen gelden eigenlijk dezelfde overwegingen als bij mensen in concubinaat. De wetgever heeft deze groep een beetje miskend. Hen aangaande heeft Van Mourik zeker gelijk. Daar zal het idee dat echtgenoten, ongeacht het huwelijksgoederenregime, voor elkaar moeten instaan, wel een doorslaggevende rol hebben gespeeld bij de wetgever.¹⁰ Een afdoende reden voor deze afwijking kan ik daarin niet zien.

In het Duitse recht gaat juist op het goederenrechtelijke terrein de bescherming van het gezin en de echtelieden erg ver. De regel van § 935 inzake 'abhandenkommen' gaat veel verder dan het Nederlandse recht. Daar is juist een goederenrechtelijke soepelheid ingebouwd ten aanzien van beschikkingen over roerende zaken. Opmerkelijk is dat in Nederland door toestemmingseisen de echtelijke woning wordt beschermd, welke bescherming is beperkt tot derden niet te goeder trouw, terwijl daar het Duitse recht een absolute barrière voor de eigendomsverkrijging door derden opwerpt, die haar werking ontvouwt los van eventuele goede trouw bij de verkrijger. Daarnaast bestaan ook nog toestemmingseisen bij de Zugewinnngemeinschaft die mede de echtelijke woonomgeving beschermen. Dit is een duidelijke uitwerking van de gezinsbescherming van art. 6 GG die ten nadele werkt van ongetrouwden.

GELIJKHEIDSBEGINSEL EN BIJZONDERE VERHAALSREGELS VOOR CREDITEUREN VAN ECHTGENOTEN

De Nederlandse wettelijke gemeenschap geldt in het algemeen als het verhaals-paradijs voor schuldeisers: het grootste deel van het vermogen, inclusief het voor het huwelijk vergaarde, kan tot verhaal dienen voor gemeenschapsschuldeisers. Een zo vergaande regeling die in de regel nadelig uitpakt voor echtgenoten¹¹ die verstopt zit in de wettelijke gemeenschap van goederen, biedt ongekende voordelen voor de schuldeisers. Het verschil met het voorgaande is dat echtgenoten die dit niet op hen van toepassing willen zien, door middel van huwelijksvoorwaarden deze vergaande verhaalsregeling kunnen modificeren.

Voor het Duitse recht gelden soortgelijke overwegingen: § 1362 dat een vermoeden van toebehoren in het verhaalsrecht creëert, gaat zelfs nog verder en beschermt derden indien het goed zich bij de andere echtgenoot bevindt.

¹⁰ Zie Van Veen, WPNR 5985 (1990), slot.

¹¹ Denk ook aan art. 63 FW dat het faillissement van de ene echtgenoot interpreteert als faillissement van de gemeenschap.

Dit lijkt wel erg op een motie van wantrouwen van de wetgever: als de crediteur komt, wordt het goed gauw naar de andere echtgenoot gebracht dat de schuldeiser er niet bij zou kunnen komen.

Deze regels gelden alleen voor gehuwden, waardoor deze duidelijk benadeeld worden ten aanzien van ongehuwd samenwonenden. Voor het Nederlandse recht is nog wel een uitweg mogelijk, maar het Duitse recht werkt hier mijns inziens wel erg ver door, zonder dat echtgenoten een tegengemiddeld openstaat.

16.6 Een poging tot een omvattende beoordeling

Het is nauwelijks mogelijk om algemeen een beoordeling te geven van de positie van derden die te maken hebben met een gehuwde wederpartij in de twee onderzochte landen. Het hangt zeer van de feitelijke situatie af of derden er voordeel bij hebben dat de wederpartij is gehuwd of niet. Gezien het geringe aantal gevallen waarbij in Duitsland daadwerkelijk inschrijving in het huwelijksgoederenregister plaatsvindt bij echtgenoten die huwelijksvoorwaarden hebben gemaakt, moet men in het oog houden dat de meeste derden terecht of door het recht gelegitimeerd uitgaan van de gelding van de Zugewinnngemeinschaft. De uitwijdingen over de andere stelsels in Duitsland zijn daarom getalsmatig minder relevant dan die over gevallen waarin in Nederland huwelijksvoorwaarden zijn gemaakt. Het komt mij voor dat bij een vergelijking van deze twee stelsels de Nederlandse echtgenoten ondanks het bestaan van wettelijke mede-eigendom vrijer zijn in hun beschikkingen over goederen der gemeenschap, omdat bij bestuursoverschrijdingen vrij snel door derdenbescherming de geplande transactie doorgang kan vinden, indien het een roerende zaak betreft. In het Duitse recht zal deze door § 935 worden geblokkeerd zodra het een zaak uit de echtelijke woning betreft.

Hoewel de Nederlandse bestuursregeling in het algemeen vrij ingewikkeld overkomt blijkt zij in de praktijk bijna net zo te werken als de bestuursregeling bij de Zugewinnngemeinschaft. Beide regelingen komen (vrijwel volledig) overeen met de beschikkingsbevoegdheidsregeling die zou gelden indien het paar niet gehuwd zou zijn. Voor een derde maakt het verschil indien hij te maken krijgt met een beschikking door een beschikkingsonbevoegde (bij gehuwden is hij er door de werking van art. 1:92 nog beter gesteld dan bij samenwonenden), maar ook bij een bestuursoverschrijding die bestaat uit het onbevoegd ter beschikking stellen van een goed. Hierin wijkt het Nederlandse huwelijksvermogensrecht duidelijk af van het algemene vermogensrecht, en bestaat ook een fundamenteel onderscheid tot het Duitse recht.

De toestemmingseisen brengen in beide landen problemen voor de derde met zich mee, die in Duitsland bij een transactie betreffende onroerende

zaken nog eventueel beschermd kan worden door de werking van het Grundbuch. In Nederland wordt alle informatie inzake huwelijk en huwelijkse voorwaarden door de bepaling van art. 3:24 lid 2 als bekend verondersteld. De derde wordt daarmee erg afhankelijk van de recherches van de notaris, die dit moet opzoeken. Geschiedt dat niet naar behoren dan kan de derde er toch geen bescherming aan ontleen, verondersteld dat de noodzakelijke gegevens in de registers zijn ingeschreven. Verkrijgt de derde van een ongehuwd samenwonende dan is hij alleen aangewezen op de recherche in het onroerendgoedregister, die door de notaris altijd secuur wordt uitgevoerd, en zal hij minder voor onaangename verrassingen komen te staan.

Ik wil er tot slot uitdrukkelijk op wijzen, geen omvattende keuze te maken voor het Nederlandse of Duitse stelsel, aangezien aan beide stelsels nog andere facetten verbonden zijn, die niet aan de orde zijn geweest en ook verder buiten mijn onderzoek blijven. Dit onderzoek beperkt zich slechts tot de gevolgen die derden ervan ondervinden dat hun wederpartij gehuwd is. Met name de relaties tussen de echtgenoten komen daarbij niet of nauwelijks aan de orde.

Deel II

Internationaal privaatrecht

Huwelijksvermogensrechtelijke derdenbescherming in Nederlands-Duitse verhoudingen

Deel A

Goederenrechtelijke aspecten van de verhouding tussen derden
en de echtgenoten in Nederlands-Duitse IPR-verhoudingen

Het huwelijksvermogensrecht in het Nederlandse IPR

Alvorens ik tot de derdenbeschermingsproblematiek in het IPR kom, zal ik eerst een kort overzicht geven van de regels en beginselen van het Nederlandse IPR op het gebied van het huwelijksvermogensrecht en aanverwante rechtsgebieden.

In het huwelijksvermogensrecht gelden tegenwoordig drie verschillende verwijzingsregels, al naar gelang de huwelijksdatum van het echtpaar. Voor de huwelijken die vanaf 1 september 1992 zijn gesloten gelden de regels van het Verdrag 1978. De voordien gesloten huwelijken blijven nog beheerst door de vroegere regelingen van het Verdrag van 1905¹ respectievelijk van het Chelouche/Van Leer-arrest.² Aangezien het de omvang van dit onderzoek te boven zou gaan, blijft de uitwerking van de derdenbeschermingsvarianten bij de oude regels grotendeels achterwege en ligt de nadruk op de regeling die op 1 september 1992 in werking is getreden: het genoemde Haagse Huwelijksvermogensverdrag 1978 met daarbij de Wet conflictenrecht huwelijksvermogensregime (verder te noemen WCHv) waarin een aantal onderwerpen van het verdrag nader is uitgewerkt en aangevuld.³

In het navolgende zal ik beginnen met een bespreking van de conflictregels van het Verdrag 1978, aangezien dit het meest recente verdrag is. Daarna komt het Verdrag 1905 kort aan de orde. Tot slot zal de commune regel uit het Chelouche/Van Leer-arrest worden besproken die van toepassing is als het huwelijksvermogensregime van een echtpaar niet onder de werkingssfeer van een van de verdragen valt.

17.1 Het Haagse Huwelijksvermogensverdrag 1978 met bijbehorende wetgeving

Het Haagse Huwelijksvermogensverdrag 1978 is op 1 september 1992 in

1 Stb. 1912 285.

2 HR 10 december 1976, NJ 1977 275 mnt. JCS.

3 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime, 's-Gravenhage 14 maart 1978, Trb. 1988 130 en Wet conflictenrecht huwelijksvermogensregime van 20 november 1991, Stb. 628. Het Verdrag 1978 is op 1 september 1992 in werking getreden voor Nederland. Op dezelfde dag is de WCHv gaan gelden.

werking getreden voor Nederland, Luxemburg⁴ en Frankrijk.⁵ Het Verdrag onderscheidt bij de objectieve conflictregel van art. 4 vier categorieën van staten:

1. Staten die verdragspartij zijn en de verklaring van art. 5 hebben afgelegd dat zij nationaliteitsland zijn (voorlopig alleen Nederland)⁶
2. Verdragslanden die de bovengenoemde verklaring niet hebben afgelegd (zoals Frankrijk en Luxemburg)⁷
3. Niet-verdragslanden die als eerste aanknoping in het huwelijksvermogensrecht in beginsel de nationaliteit van echtgenoten hanteren
4. Niet-verdragslanden die als eerste aanknoping in het huwelijksvermogensrecht het eerste domicilie van partijen gebruiken

17.1.1 Conflictregels van het Verdrag

Het in het Verdrag neergelegde systeem van conflictregels is een compromis tussen de 'nationaliteitslanden', in het voorstaande overzicht de landen onder 1 en 3 genoemd, en de woonplaatslanden, de landen uit de groepen 2 en 4. Op de onderstaande hoofdregel die de nadruk legt op aanknoping aan het recht van het land van de gewone verblijfplaats worden in art. 5 bepaalde uitzonderingen gemaakt ten behoeve van onderdanen van nationaliteitslanden.

In het Verdrag zijn de volgende conflictregels neergelegd:⁸

a. rechtskeuze, art. 3 Verdrag.

Hebben partijen geen rechtskeuze vóór het huwelijk gemaakt dan geldt volgens de objectieve conflictregel van art. 4 Verdrag respectievelijk:

- b. het recht van het eerste gemeenschappelijke huwelijksdomicilie;
- c. bij gebreke daarvan de gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgeno-

4 Zie voor Luxemburg: Schockweiler, NILR 1991, p. 120, noot 13.

5 NIPR 1995, nr. 49. Het verdrag is ondertekend door Oostenrijk en Portugal, NILR 1993, p. 283. Het Oostenrijkse Ministerie van Justitie deelde mij op 3 augustus 1993 per brief mee dat een spoedige ratificatie niet te verwachten is; zie ook NILR 1994, p. 228.

6 MvT bij de Goedkeuringswet van het Huwelijksvermogensverdrag 1978, p. 8. Voor Aruba, dat het domiciliebeginsel hanteert, zie Ten Wolde, Hoofdpijnen, p. 39, noot 157, en Tijdschrift voor Antilliaans Recht/Justicia 1991, p. 2-9.

7 In de praktijk kan men betrekkelijk gemakkelijk vaststellen tot welke categorie een bepaald land behoort. In een informatiefolder van het Ministerie van Justitie over het Verdrag staat een lijst van woonplaats- en nationaliteitslanden. Zie hierover De Boer, WPNR 6092 (1993), noot 8 en de opmerkingen daarover op p. 344. Ten Wolde, Hoofdpijnen, p. 44, waarschuwt ervoor dat notarissen niet verschoonbaar op deze lijst mogen afgaan; de rechter is er niet aan gebonden. Van een door de verdragslanden samen opgestelde - bindende - lijst is vooralsnog geen sprake, zie Revillard, Premier bilan d'application de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, p. 375-376, noot 9, waarin naar de door het Nederlandse Ministerie van Justitie uitgegeven lijst wordt verwezen.

8 Voor een kritische noot zie Strikwerda in een interview, AAe 1995, p. 559; zo ook onder andere De Boer, NILR 1993, p. 10-11: "Rules that are considered so impracticable that they are best avoided by a parties' choice should not be adopted at all." Zie voor de inhoud van de objectieve aanknopingspunten Rapport Von Overbeck, nr. 140 e.v.

- ten ten tijde van de huwelijkssluiting;
- d. bij gebreke van een gemeenschappelijk huwelijksdomicilie en een gemeenschappelijke nationaliteit wordt hun huwelijksvermogensregime beheerst door het interne recht van de Staat waarmee het, alle omstandigheden in aanmerking genomen, het nauwst is verbonden.

Indien echtgenoten met een gemeenschappelijke nationaliteit in de zin van art. 15 Verdrag én een gemeenschappelijke woonplaats, onderdaan zijn van een nationaliteitsland (al dan niet verdragsland), dan kan in bepaalde gevallen toch het recht van hun gemeenschappelijke nationaliteit hun huwelijksvermogensregime bepalen, zie art. 5.⁹ Dit primaat van de nationaliteit treedt op bij onderdanen van een nationaliteitsverdragsland tenzij echtgenoten minstens 5 jaar voor hun huwelijkssluiting in een woonplaatsland hun gewone verblijfplaats hebben gehadd en deze hebben aangehouden ten tijde van de huwelijkssluiting. Hadden bijvoorbeeld twee Nederlanders¹⁰ drie jaar voor hun huwelijksdag hun gewone verblijfplaats in Frankrijk of de VS, dan geeft hun gemeenschappelijke nationaliteit de doorslag en geldt (behoudens huwelijkse voorwaarden of rechtskeuze) de Nederlandse gemeenschap van goederen, zie art. 2 WCHv. De invloed van de belangen van het woonplaatsland wordt dan nog niet zo groot geacht dat daarvoor de belangen van het vaderland moeten wijken.

Bij onderdanen van een nationaliteitsland dat geen verdragspartij is prevalet de gemeenschappelijke nationale wet alleen, als zij op het moment van huwelijkssluiting in een nationaliteitsland wonen. Als bijvoorbeeld twee Duitsers huwen die ten tijde van de huwelijkssluiting in Nederland of Oostenrijk wonen dan geldt volgens het Verdrag het Duitse huwelijksvermogensrecht omdat alle betrokken landen nationaliteitslanden zijn. Wonen zij daarentegen ten tijde van de huwelijkssluiting in Luxemburg of Noorwegen dan bepaalt de gemeenschappelijke woonplaatswet hun huwelijksvermogensregime omdat zij ten tijde van hun huwelijkssluiting in een woonplaatsland woonden.

17.1.2 Rechtskeuzemogelijkheden

A. VOORHUWELIJKSE RECHTSKEUZE, ART. 3 VERDRAG

Echtgenoten kunnen voor de huwelijkssluiting een rechtskeuze uitbrengen voor een van de in art. 3 Verdrag genoemde rechtstelsels: het nationale recht (van een) der echtgenoten, het recht van de gewone verblijfplaats (van een) der echtgenoten ten tijde van de keuze of het recht van de eerste Staat op

⁹ De hoofdaanknoping van het Verdrag is immers de aanknopng aan de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats, waarbij geen rol speelt of de echtgenoten daarnaast nog een gemeenschappelijke nationaliteit hebben in de zin van art. 15 Verdrag.

¹⁰ Het gaat daarbij om formele nationaliteit. Van Rijn van Alkemade, FJR 1992, p. 154.

welks grondgebiet een van de echtgenoten na het huwelijk een nieuwe gewone verblijfplaats vestigt.¹¹ Deze laatste keuze heeft pas effect als tenminste een der echtgenoten daar ook daadwerkelijk gaat wonen.¹²

Daarnaast biedt het artikel de mogelijkheid van *dépeçage* voor onroerende zaken. Voor onroerende zaken die de echtgenoten bezitten of zullen verwerven kunnen zij de *lex rei sitae* aanwijzen als toepasselijk recht, zie verderop in dit onderdeel. Voor het overige geldt een rechtskeuze steeds voor het gehele vermogen.

Indien echtgenoten een recht aanwijzen dan nemen o.a. Ten Wolde en Joppe aan dat behoudens huwelijksvoorwaarden binnen dat rechtstelsel, het wettelijk regime van dat land wordt gekozen.¹³ De uitleg van Ten Wolde en Joppe is gebaseerd op een arrest van de Hoge Raad dat onder het communale recht is gewezen, maar mijns inziens kan deze opvatting ook voor rechtskeuzes onder het Verdrag worden verdedigd.¹⁴

BIJZONDERHEDEN BIJ KEUZE VOOR HET TOEKOMSTIGE DOMICILIE

Bij deze keuze kan zich een aantal bijzondere complicaties voordoen, die verband houden met het feit dat echtgenoten zich enige tijd na de huwelijksluiting in dat land vestigen, waarvan zij het recht hun huwelijksvermogensregime willen laten beheersen. Met name rijst dan de vraag welk recht in de tussentijd geldt, en of de vestiging binnen een bepaalde tijd na de huwelijksluiting moet geschieden om het beoogde rechtsgevolg te bewerkstelligen.¹⁵

Voor één geval lijkt de oplossing voor de hand te liggen: als de vestigingsplannen helemaal niet worden gerealiseerd, dan geldt gewoon de objectieve conflictregel van het Verdrag en is de rechtskeuzeclausule zonder effect. Wanneer staat vast dat echtgenoten zich daar niet vestigen? Dit is bijvoorbeeld af te leiden uit het feit dat de eerste verhuizing na de huwelijksluiting van de echtgenoten naar een ander dan het aangewezen land plaatsvindt.¹⁶ Als beide echtgenoten voorlopig niet verhuizen, kan dan na een bepaalde tijd worden gezegd dat er geen sprake is van vestiging van een eerste huwelijksdomicilie in het land waarvan partijen het recht hadden gekozen? Uit de bespreking van dit probleem door Ten Wolde¹⁷ lijkt deze gevolgtrekking

11 Voor de overwegingen en argumenten die tijdens de ontwerpfasen naar voren kwamen zie Philip, *American Journal of Comparative Law* 1976, p. 309.

12 Von Overbeck, *Schweizer Jahrbuch für internationales Recht* 1977, p. 111.

13 Ten Wolde, *Hoofdpijnen*, p. 16; Joppe, *losbl. titel 1.7 aant. 34 en titel 1.8 aant. 11*.

14 Zo ook Joppe, *losbl. titel 1.8 aant. 5 over rechtskeuzes onder het verdrag*. Zo ook Philip, *American Journal of Comparative Law* 1976, p. 311. De vraag of deze opvatting ook adequaat is voor rechtskeuzes staande huwelijk waar al een regime geldt vóór de keuze, zal hieronder worden besproken.

15 Mede vanwege deze onzekerheid zal in ieder geval de Franse notaris deze keuzemodaliteit zelden adviseren, aldus Revillard, *Premier bilan d'application de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*, p. 373. Over de Nederlandse praktijk is niets bekend.

16 Rapport Von Overbeck nr. 131.

17 *EchtscheidingBulletin* 1993, nr. 5, p. 12.

geoorloofd, hoewel hij daarvoor geen bepaalde termijn stelt. Maar ik kan deze beperking niet lezen in het Rapport van Von Overbeck. Deze legt mijns inziens meer de nadruk op de vraag, waar echtgenoten naartoe gaan bij de eerste verhuizing na de huwelijkssluiting, waarbij ook de verhuizing van (voorlopig) slechts één van hen al voldoende is.¹⁸ Een termijn waarbinnen dit zou moeten gebeuren om mee te tellen voor art. 3 Verdrag, wordt niet genoemd. De Werkgroep IPR van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak¹⁹ noemt als termijn 6 maanden. Gezien het zojuist opgemerkte vraag ik mij af of deze termijn in overeenstemming is met de bedoeling van het Verdrag, maar de Werkgroep geeft ook aan dat dit geen vaste termijn kan zijn.

Indien geen van de echtgenoten zeer kort na de huwelijkssluiting verhuist, maar dit later wel geschiedt, dan rijst de vraag welk recht in de tussentijd geldt. Duidelijk is dat indien de verhuizing uiteindelijk plaatsvindt, daarmee de rechtskeuze geldig is met terugwerkende kracht tot aan de huwelijkssluiting. Maar hoe te handelen in de tijd dat men nog niet weet of de rechtskeuze zal gaan gelden? Het Rapport Von Overbeck geeft dan als oplossing dat in de tussentijd de objectieve conflictregel van het Verdrag moet worden toegepast, tenzij partijen subsidiair een ander recht hadden gekozen. Dat treedt dan in de plaats van het door de objectieve conflictregel aangewezen recht.²⁰

DÉPEÇERENDE RECHTSKEUZE VOOR ONROERENDE ZAKEN, ART. 3 LID 4 VERDRAG 1978

Voor onroerend goed kunnen partijen de *lex rei sitae* aanwijzen als het recht dat het onroerend goed beheerst.²¹ De *lex rei sitae* geeft aan welke vermogensbestanddelen roerend dan wel onroerend zijn.²² Indien een rechtskeuze een goed omvatte dat bijvoorbeeld door bestanddeelsvorming eerst deel uitmaakte van een onroerende zaak, maar daarna van de onroerende hoofdzak is verwijderd waardoor het weer roerend wordt, of later is overgebracht naar een ander land waar het als roerend wordt gekwalificeerd, dan moet zich mijns inziens de eigendomsvraag naar het gekozen recht voor onroerend goed richten zolang het onroerend is. Bij de overgang van de onroerende naar de roerende staat wordt dan automatisch voor het goed het op het overige vermogen geldende huwelijkvermogensregime van toepassing.

Verderop in dit onderdeel zullen nog enkele vragen worden besproken die

18 Rapport Von Overbeck, nr. 37.

19 Trema 1995, p. 153.

20 Rapport nr. 131. Deze keuze moet dan wel geldig zijn.

21 Hensen, JBN mei 1994, nr. 61, waarschuwt dat zulk een gedeeltelijke rechtskeuze gauw gemaakt kan zijn. Hij noemt als voorbeelden een leveringsakte of stukken betreffende de financiering van het goed. Als beide echtgenoten het gedagtekende stuk waarin de keuze staat, hebben ondertekend en verder aan eventuele vormeisen is voldaan, is daarmee een geldige deel-keuze tot stand gekomen.

22 Rapport Von Overbeck, nr. 137; Strikwerda, Inleiding, nr. 157.

betrekking hebben op de dépeçerende rechtskeuze die zowel voor het huwelijk als ook staande huwelijk kan worden uitgebracht.

VORMVEREISTEN TEN AANZIEN VAN EEN RECHTSKEUZE

Het Verdrag 1978 geeft in art. 11 twee mogelijkheden om een rechtskeuze uit te brengen. Dit kan geschieden in huwelijkse voorwaarden, waarbij het voldoende is dat het een impliciete keuze is, bijvoorbeeld doordat naar de interne wet van een bepaalde staat wordt verwezen.²³ Echtgenoten kunnen hun rechtskeuze ook uitdrukkelijk doen in een apart document dat aan de vormvereisten moet voldoen die het recht van de gekozen interne wet of de wet van de plaats van het opmaken van het document aan huwelijkse voorwaarden stelt, art. 13 Verdrag.

RECHTSKEUZE IN EEN ECHTSCHIEDINGSPROCEDURE

Het is zelfs mogelijk om nog tijdens een lopende echtscheidingsprocedure ten overstaan van een notaris een dergelijke rechtskeuze uit te brengen. De art. 12 en 13 Verdrag formuleren daarbij een minimum-eis: het moet altijd tenminste een gedagtekend en door beide echtgenoten ondertekend schriftelijk stuk zijn, ook al stellen de betrokken landen deze eis niet.²⁴ Voor Nederland betekent dit dat de rechtskeuze in een echtscheidingsprocedure op grond van het Verdrag niet in een andere vorm mogelijk is.²⁵

B. RECHTSKEUZE STAANDE HUWELIJK

Het verdrag laat onder bepaalde voorwaarden ook rechtskeuze staande huwelijk toe, art. 6 Verdrag. Men neemt aan dat zo'n rechtskeuze 'terugwerkende kracht' toekomt. Wat daaronder mijns inziens moet worden verstaan, is in onderdeel 17.1.3 uitgewerkt. In de literatuur bestaat op dit punt geen eensgezindheid.

Vast staat wel dat door rechtskeuze staande huwelijk op rechten van derden geen inbreuk mag worden gemaakt. Dit staat voor de rechtskeuze ex art. 6 weliswaar niet expliciet in het verdrag, maar men neemt aan dat dit volgt uit de beginselen van het verdrag, dan wel uit analoge toepassing van art. 8 lid 2 verdrag.²⁶ Naar mijn mening houdt dit beginsel vooral in dat verhaalsmogelijkheden van schuldeisers niet mogen worden beknot. Dit zal nader worden

23 Rapport Von Overbeck, nr. 187; Ten Wolde, Hoofdpijnen, p. 42; Philip, American Journal of Comparative Law 1976, p. 314-315.

24 Zie Rapport Von Overbeck, nr. 193; MvT bij WCHv, p. 16; Joppe, preadvies KNB 1990, p. 33.

25 Voor een aantal vragen hieromtrent zie Werkgroep IPR, Trema 1995, p. 156, waarbij voor processuele rechtskeuze (analoge) toepassing van art. 7:902 BW (reparatiebepaling voor vaststellingsovereenkomsten) wordt afgewezen.

26 Rapport Von Overbeck, nr. 139, in dezelfde zin ook in het Schweizer Jahrbuch für internationales Recht 1977, p. 120; van Rijn van Alkemade, FJR 1992, p. 151.

uitgewerkt in hoofdstuk 27. Op het goederenrechtelijke vlak kan natuurlijk niet worden aangenomen dat alle verkrijgingen, vervreemdingen en andere beschikkingshandelingen door echtgenoten met terugwerkende kracht naar het nieuwe recht moeten worden beoordeeld. Dat zou chaos in het rechtsverkeer tot gevolg hebben. Terugwerkende kracht in het goederenrechtelijk kader houdt mijns inziens alleen in dat alle reeds aanwezige goederen der echtgenoten na de rechtskeuze onder het nieuwe recht vallen. De bepaling van art. 6 lid 3 ziet op de 'omvang van het vermogen'. Dit is uitgewerkt in onderdeel 17.1.3.

MOGELIJKE KEUZESTELSELS

Art. 6 Verdrag geeft een rechtskeuzemogelijkheid staande huwelijk. Echtgenoten kunnen daarbij kiezen uit

- het recht van een staat waarvan een der echtgenoten op dat moment de nationaliteit bezit
- het recht van de staat waar een van de echtgenoten op dat moment zijn gewone verblijfplaats heeft.

Voor onroerende zaken kunnen zij de *lex rei sitae* kiezen, net als bij de voorhuwelijkse rechtskeuze.

KIEZEN ECHTGENOTEN HET WETTELIJK STELSEL VAN HET GEKOZEN RECHT INDIEN ZIJ GEEN NADERE UITSPRAAK OMTRENT HET TOEKOMSTIGE STELSEL DOEN?

In de literatuur en de overige discussies omtrent het verdrag is de vraag gerezen welk regime gekozen wordt als echtgenoten staande huwelijk alleen kiezen voor het recht van een bepaald land, zonder nader aan te geven of zij dit als een kaderwet beschouwen, of dat zij daarmee willen overgaan op het wettelijk stelsel van dat land.²⁷ Men pleegt daarbij twee situaties te onderscheiden.

a. Vóór de rechtskeuze geldt een wettelijk stelsel

Als echtgenoten een rechtskeuze uitbrengen voor bijvoorbeeld het Duitse recht, kiezen zij dan het Duitse recht als kaderwet of geldt vanaf dat moment het Duitse wettelijke stelsel? In het eerste geval zouden zij, indien zij tot dat moment in gemeenschap van goederen naar Nederlands recht waren gehuwd, onder de Duitse bepalingen betreffende de gemeenschap van goederen vallen. Dat zou betekenen dat, bij gebreke aan verdere afspraken, voor hen *ex nunc* gemeinschaftliche Verwaltung zou gelden, § 1421 BGB.²⁸ Als zij Einzelverwaltung prefereren, dan moeten zij bij de keuze bepalen wie van hen Einzel-

²⁷ Zie het preadvies van Joppe, p. 64, de bespreking van dit preadvies door Cohen Henriquez in WPNR 5972 (1990), en het verslag van de vergadering van de KNB, bijlage bij WPNR 5994 (1991), p. 11 e.v.

²⁸ Zie onderdeel 6.2.

verwalter zal zijn. Binnen het Duitse recht is een bestuursverdeling, zoals het Nederlandse recht deze kent, niet toegestaan.

In de bewerking van Personen- en Familierecht²⁹ komt Joppe terug op haar eerder in het pre-advies ingenomen standpunt dat een rechtskeuze 'sec' steeds slechts een nieuwe kaderwet geeft:³⁰ de bepalingen van het nieuwe recht gaan alleen als kaderwet gelden als echtgenoten daarvoor al huwelijkse voorwaarden hadden gemaakt. Leefden echtgenoten daarvoor in een wettelijk stelsel, dan vindt bij een rechtskeuze sec overgang naar het wettelijk stelsel van de gekozen wet plaats.

Aangenomen mag worden dat deze opvatting in overeenstemming is met het rapport van Von Overbeck, dat zich helaas niet expliciet over dit probleem uitlaat. Het Rapport lijkt uit te gaan van de opvatting dat bij rechtskeuzes sec het oude wettelijk stelsel wordt vervangen door een nieuw:³¹

“Uit het feit dat de echtgenoten de moeite nemen een nieuw rechtsstelsel aan te wijzen, trekt men de conclusie dat zij een einde hebben willen maken aan het eerder toepasselijke regime. Ze kunnen hetzij dit eerdere regime afwikkelen, hetgeen de meest bevredigende oplossing is, hetzij accepteren dat hun vermogensrechtelijke betrekkingen vanaf het tijdstip van het huwelijk door het nieuwe recht worden beheerst.”

Het is mijns inziens bij een overgang van een wettelijk stelsel via rechtskeuze naar een ander stelsel noodzakelijk dat voor het nieuw gekozen wettelijk stelsel een bruikbare beginpositie moet worden gecreëerd: als het gekozen stelsel een algeheel gemeenschapsstelsel is dan hoeven de echtgenoten niets te ondernemen omdat de gemeenschap via haar magnetische werking geen problemen heeft met een voorafgaand stelsel, hetzij een scheiding van goederen hetzij een andere gemeenschap.³² Gaat daarentegen het gekozen recht uit van een scheiding van goederen dan kan de oude gemeenschap niet blijven bestaan maar moet een verdeling plaatsvinden. Het is immers niet de bedoeling dat het oude stelsel als het ware binnen een nieuw jasje blijft voortleven.

b. Tot dusver gelden huwelijkse voorwaarden

Bij echtgenoten die op het moment van de overgang al huwelijkse voorwaarden hadden, ziet de beantwoording van de gestelde vraag er anders uit. Von Overbeck schrijft:³³

“Onder normale omstandigheden moet de keuze van een nieuw rechtsstelsel meebrengen dat echtgenoten, die onder het eerder toepasselijke recht huwelijkse voorwaarden hebben ge-

29 Losbl. titel I.7, aant. 34.

30 Deze leer had zij verdedigd in haar Preadvies 1990, p. 64. Zij werd aangevallen door Cohen Henriquez in zijn bespreking van het preadvies in het WPNR 5972 (1990), en enkele sprekers op de vergadering waar het preadvies werd behandeld, waaronder Lekkerkerker, Verslag KNB 1990, p. 11, en Moerenhout, Verslag KNB 1990, p. 15.

31 Rapport, nr. 72.

32 Men zou bij de overgang naar de Nederlandse gemeenschap wel problemen kunnen krijgen indien men van een stelsel komt dat de verkrijging en bestuursbevoegdheid zeer eenzijdig bij een echtgenoot legt. Zie voor de bespreking van een dergelijk geval onderdeel 21.1.6.

33 Rapport, nr. 162.

maakt, deze vervangen of herzien. Als zij dat niet doen, zal door interpretatie moeten worden bepaald, in hoeverre de huwelijkse voorwaarden onder het nieuwe recht nog kunnen gelden.” Hier is wel duidelijk sprake van het kiezen van een nieuwe kaderwet, waarbinnen de huwelijkse voorwaarden - eventueel aangepast aan het nieuwe recht - blijven gelden. Eventueel kunnen echtgenoten het moment van de rechtskeuze aangrijpen om nieuwe huwelijksvoorwaarden te maken.

In deze discussie sluit ik mij aan bij de huidige opvatting van Joppe: oudere huwelijkse voorwaarden moeten zoveel mogelijk worden ingepast in de nieuwe kaderwet van het gekozen recht.³⁴ Het moet, zo lijkt mij, wel mogelijk zijn dat echtgenoten bij de keuze aangeven, voor het wettelijk stelsel van het gekozen recht te opteren. Deze keuze zou men mijns inziens niet als huwelijksvoorwaarden behoeven te kwalificeren met het gevolg dat daarvoor alle eisen zouden gelden die normaliter aan het maken van huwelijksvoorwaarden worden gesteld. Het betreft immers de keuze van het wettelijk stelsel van het desbetreffende land. Daarnaast zou het ook niet juist zijn om in dit geval deze eisen wel te stellen, terwijl zulks bij de overgang van het ene wettelijk stelsel naar het andere ook niet wordt gedaan. De noodzaak van deze extra verklaring schuilt immers niet in het feit dat men iets bijzonders wil bereiken binnen de gekozen *lex causae*, maar dat men ‘af wil’ van een eerder toepasselijk regime.

KUNNEN ECHTGENOTEN OOK EEN RECHTSKEUZE COMBINEREN MET HUWELIJSVOORWAARDEN BINNEN HET GEKOZEN STELSEL?

Men neemt aan dat het onder bepaalde omstandigheden mogelijk is dat echtgenoten een rechtskeuze combineren met huwelijkse voorwaarden binnen het gekozen stelsel. De vraag rijst, hoe dit goederenrechtelijk verloopt. Lagarde³⁵ heeft daar de volgende oplossing voor gevonden. Nemen wij aan dat de echtgenoten, komend vanuit het Nederlandse recht, kiezen voor een recht dat een verrekenstelsel als wettelijk stelsel kent. Stel dat de echtgenoten deze verrekening door huwelijksvoorwaarden willen vervangen door een stelsel van koude uitsluiting. Lagarde meent dat men in een dergelijk geval eerst moet kijken of het Nederlandse recht overgang naar de koude uitsluiting toelaat, en vervolgens, of de overgang naar het Duitse recht volgens art. 6 Verdrag mogelijk is. Hij geeft voor deze visie de volgende reden: blijkbaar willen echtgenoten een bepaald resultaat bereiken, in ons voorbeeld de koude uitsluiting. Gezien de persoonlijke omstandigheden, bijvoorbeeld de woonplaats van het echtpaar, kiezen zij bovendien voor de overgang naar een nieuw recht. In zijn visie moeten de twee vragen separaat en in deze volgorde worden beoordeeld.

Lagarde wijst de omgekeerde volgorde op praktische gronden af. Indien de

³⁴ Zo ook in het Duitse IPR. Zie MünchKomm (Siehr), Randnr. 37 bij art. 15 EGBGB.

³⁵ *Revue critique* 1993, p. 290, in zijn noot onder Cour d'appel de Colmar, 19 januari 1993.

gekozen wet bijvoorbeeld pas na een bepaalde geldingsduur van het wettelijk stelsel een wijziging toestaat, dan zouden echtgenoten tegen hun wil gedurende die periode aan het wettelijk stelsel van het gekozen recht zijn onderworpen, terwijl zij die materiële uitkomst nu juist niet wilden. In zijn ogen is de dreiging van deze gang van zaken een groter nadeel dan de eerstbeschreven weg met zich mee kan brengen, namelijk dat de keuze voor een bepaald regime niet kan doorgaan omdat het 'oude' recht dit (keuze)stelsel niet kent.

Mijns inziens moet de opvatting van Lagarde desondanks worden afgewezen. Echtgenoten kiezen in mijn visie voor een bepaald recht en willen daarbinnen een bepaald regime aanwijzen. Het zou niet logisch zijn om hen eerst een ander regime te laten kiezen, voorafgaand aan de rechtskeuze, omdat dit proces weer andere problemen oplevert, mocht het regime uit het oude recht niet (in deze variant)³⁶ bekend zijn in het gekozen recht. Aannemelijker is dat de keuze voor het nieuwe regime plaatsvindt binnen het gekozen rechtsstelsel en dat de rechtsgevolgen van de rechtskeuze en de huwelijkse voorwaarden (zoveel mogelijk) tegelijkertijd ingaan.

Daarmee is een probleem nog niet opgelost: wat te doen indien het gekozen recht nadere (vorm)vereisten stelt voor huwelijkse voorwaarden staande huwelijk, of deze geheel verbiedt? Het Verdrag zegt daar niets over en spreekt alleen van rechtskeuze, zonder verder op gecombineerde regimewijzigingen in te gaan. Gezien de mogelijkheden die het Verdrag voor rechtskeuze staande huwelijk geeft, ongeacht de vraag of het gekozen recht rechtskeuze staande huwelijk toelaat, zou ik willen verdedigen dat met die rechtskeuze gecombineerde huwelijksvoorwaarden toegestaan moeten worden. Hierin schuilt wel het probleem dat wellicht via het Verdrag iets bereikt kan worden dat internrechtelijk in dat land niet mogelijk is, namelijk invoering van het desbetreffende regime staande huwelijk.

RECHTERLIJKE GOEDKEURING BIJ RECHTSKEUZES DIE ZIJN GECOMBINEERD MET DE AANWIJZING VAN EEN REGIME BINNEN HET GEKOZEN RECHT

Voor Nederland is van belang wanneer rechterlijke goedkeuring is vereist bij het wijziging van huwelijksvermogensrechtelijke verhoudingen. In de wetgeving die de invoering van het verdrag 1978 begeleidt, is enigszins onvolledig geregeld, wanneer de rechterlijke goedkeuring ex art. 1:119 BW is vereist in IPR-constellaties.³⁷ Art. 8 WCHv bepaalt, dat bij rechtskeuzes geen rechterlij-

36 Men denke alleen al aan de verschillen tussen de bestuursregeling van de Duitse en de Nederlandse gemeenschap van goederen.

37 In Frankrijk, een ander verdragsland, bestaat een vergelijkbare rechterlijke toetsing, homologatie, van onder meer de belangen van de schuldeisers van de echtgenoten indien zij een gemeenschap willen opheffen. Zie Mayer, nr. 793, 796. Zij gold ook voor commune IPR-gevallen waarin partijen een rechtskeuze uitbrengen. Zie Cour d'appel de Colmar, 19 januari 1993, *Revue critique* 1993, p. 281 mnt. Lagarde. Zoals Lagarde daar op p. 288 opmerkt, gaat dit niet meer op onder het Verdrag 1978. Zie voor recente ontwikkelingen op dit gebied het Franse wetsontwerp N° 2513, d.d. 31 januari 1996; Boele-Woelki, *AAe-katern* 59, juni 1996, p. 2811.

ke goedkeuring is vereist. In de toelichting op dit artikel is dit uitgelegd in die zin, dat in internationale gevallen geen toestemmingseis kan worden gesteld omdat men anders de beginselen van het Verdrag zou doorkruisen.³⁸ Als een echtpaar bij de rechtskeuze voldoet aan de vereisten van art. 6 Verdrag ten aanzien van de keuzevarianten, en de art. 11-13 qua wijze en vorm, dan dient de keuze geldig te zijn.³⁹ De geldigheid mag daarnaast niet afhankelijk worden gemaakt van allerlei aanvullende eisen van een nationale wetgever. Bij een rechtskeuze sec vervalt derhalve de rechterlijke toetsing van art. 1:119 BW.

Rechten van derden mogen door de rechtskeuze niet worden beïnvloed, zegt art. 8 lid 2 Verdrag, dat ook van toepassing wordt geacht bij een art. 6 rechtskeuze,⁴⁰ zodat de rechterlijke toets hier niet de enige waarborg is tegen benadeling van derden.

Dat brengt ons op de vraag of art. 8 WCHv ook geldt voor gevallen waarin echtgenoten niet een rechtskeuze sec doen, maar door een rechtskeuze in combinatie met huwelijkse voorwaarden een directe overgang naar een regime binnen het gekozen recht willen bewerkstelligen.⁴¹

In het geval van een 'combi-keuze', keuze voor een regime binnen het gekozen buitenlandse recht, zou men twee redeneringen kunnen volgen. De ene maakt geen onderscheid tussen rechtskeuzes sec en rechtskeuzes die zijn gecombineerd met huwelijkse voorwaarden. Dat zou meebrengen dat, ongeacht voor welk recht en welk stelsel de keuze wordt uitgebracht, nooit toestemming van de Nederlandse rechter zou zijn vereist. In de tweede visie ontkoppelt men de overgang en onderscheidt dan een rechtskeuze voor een bepaald recht, met daarbinnen een keuze voor een bepaald regime.⁴² Dan maakt het wel verschil welk rechtstelsel gekozen wordt: bij keuze voor Nederlands recht werkt het Nederlandse recht als kaderwet, en worden de huwelijkse voorwaarden ex art. 1:119 BW aan toetsing door de rechter onderworpen. Hoewel de tweede weg het nauwste aansluit bij de tekst van de wet, die immers alleen spreekt van keuzes van het recht en niet van keuze van een buitenlands stelsel, lijkt hij mij niet aantrekkelijk. Een reden daarvoor is dat men een kunstmatige splitsing aanbrengt tussen de rechtskeuze en de huwelijkse voorwaarden, die niet geldt op het goederenrechtelijke niveau. Bij rechtskeuze in combinatie met een keuze voor een stelsel binnen het Neder-

38 MvT bij WCHv, p. 21; zie Joppe, losbl. titel 1.8, aant. 6, sub 2°.

39 Wilsgebreken en andere wilsproblemen laat ik daarbij buiten beschouwing.

40 Rapport Von Overbeck, nr. 177.

41 Zie Revillard, Premier bilan d'application de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, p. 381, welke een vergelijking maakt tussen de drie landen die het Verdrag hebben geratificeerd. Frankrijk is 'strenger' dan Nederland; Luxemburg kent geen rechterlijke goedkeuring of andere vorm van rechterlijke homologatie in het interne recht, en stelt deze eis dan ook niet in IPR-verhoudingen.

42 Mayer, nr. 798, past deze leer toe; zo ook Revillard, Premier bilan d'application de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, p. 380.

landse recht zal immers niet eerst een boedelmenging overeenkomstig art. 1:93 BW optreden, waarna een overgang naar bijvoorbeeld scheiding van goederen nog een boedelscheiding nodig zou maken. Integendeel: bij deze overgang zullen de goederen direct van het buitenlandse stelsel overgaan naar de Nederlandse scheiding van goederen. Deze gang van zaken stemt ook overeen met de bedoeling van de echtgenoten.

Daarnaast zou in dit geval ook de taak van de rechtbank een moeilijke zijn. De rechter mag immers niet de rechtskeuze en haar directe gevolgen toetsen omdat dit in strijd zou komen met de gedachte van het verdrag. Alleen als men de indirecte overgang aanneemt, die via de Nederlandse gemeenschap als wettelijk stelsel loopt, kan de rechter iets toetsen. Maar dat zou de overgang van de Nederlandse gemeenschap naar het gekozen stelsel zijn, die in werkelijkheid helemaal niet plaatsvindt. Of een benadeling dreigt en of er een goede grond voor de overgang aanwezig is, kan naar mijn mening alleen maar ten aanzien van de totale overgang worden beoordeeld, hetgeen nu juist niet is toegelaten.⁴³

EERST EEN RECHTSKEUZE, LATER HUWELIJKSE VOORWAARDEN

De hier beschreven situatie verschilt fundamenteel van het geval dat echtgenoten eerst een rechtskeuze sec maken en nadat het wettelijk stelsel van het gekozen recht al in werking is getreden, alsnog een regime binnen de gekozen kaderwet aanwijzen.⁴⁴ In dat geval zal zoveel aanknopingspunt met het reeds gekozen rechtsstelsel bestaan, dat dan wel de internrechtelijke regels omtrent regimewijziging van dat recht gelden. Als echtgenoten bijvoorbeeld vanuit het Duitse recht eerst een rechtskeuze sec voor het Nederlandse recht hebben gedaan, en daarna de gemeenschap van goederen willen verruilen voor scheiding van goederen met Amsterdams verrekenbeding, dan zal dit echtpaar zich wel moeten onderwerpen aan rechterlijke goedkeuring ex art. 1:119 BW en hun nieuwe stelsel inschrijven op grond van art. 1:120 BW.⁴⁵ Hoewel dit op zich nog steeds een IPR-huwelijk kan zijn (omdat het bijvoorbeeld twee Duitse onderdanen betreft)⁴⁶ lijkt mij hier voldoende reden om de werking van art. 8 WCHv niet aan te nemen.⁴⁷

43 Zo ook al onder het oude recht, zie Strikwerda, WPNR 5823 (1987), p. 197, noot 197. Niet-toepasbaarheid van art. 1:119 BW betekent overigens niet dat art. 1:120 BW ook automatisch niet zou gelden. Zie voor de inschrijvingseisen de behandeling bij de diverse overgangen.

44 Ook Van der Ploeg, Rechtskeuze in het huwelijksvermogensrecht, p. 58, wijst hierop. Hij geeft geen antwoord op de vraag, hoe de overgang tussen de Nederlandse en Duitse stelsels moet verlopen.

45 Zo ook voor het oude recht Strikwerda, WPNR 5823 (1987), p. 194.

46 Rechtskeuze voor Duits recht blijft onder het verdrag mogelijk, art. 6 Verdrag.

47 Dit is overeenkomstig een dergelijk gevoelen bij IPR-collega's, zie mijn artikel hierover in WPNR 6162 (1994).

NADERE BESCHOUWINGEN OVER DE DÉPEÇERENDE RECHTSKEUZE

Tot nu toe is gesproken over de allesomvattende, algemene rechtskeuze van art. 6 leden 1-3 verdrag. Is het bovenstaande ook relevant voor de dépeçerende rechtskeuze van art. 6 lid 4 voor de onroerende zaken van de echtgenoten? In de overwegingen van Von Overbeck over de art. 6-rechtskeuze⁴⁸ wordt alleen gesproken over de mogelijkheid om de *lex rei sitae* te kiezen om eventuele afwikkelingsproblemen te voorkomen.⁴⁹ In ieder geval komt het mij voor dat de rechtskeuze op grond van lid 4 dezelfde ‘terugwerkende kracht’ moet hebben als een algemene rechtskeuze in de zin van de leden 1-3. In de literatuur wordt niet uitgewerkt in hoeverre de echtgenoten door een rechtskeuze ten aanzien van hun onroerende zaken tevens een keuze maken voor een bepaald regime. Men kan mijns inziens op twee verschillende wijzen bekijken wat de keuze ex art. 6 lid 4 precies inhoudt.

Ten eerste kan men zich afvragen of de keuze met betrekking tot onroerende goederen voor de *lex rei sitae* ook betekent dat steeds ten aanzien van die goederen het wettelijk stelsel van dat land wordt gekozen. Juist bij rechtskeuzes staande huwelijk kan het immers voorkomen dat de echtgenoten al huwelijkse voorwaarden met betrekking tot hun goederen waren aangegaan, hun onroerende goederen daaronder begrepen.

Laten wij dit eens bekijken aan de hand van een fictieve casus. Stel, de echtgenoten hebben huwelijkse voorwaarden gemaakt binnen het Nederlandse recht. Zij zijn op latere leeftijd gehuwd en wensen een strikte scheiding van hun vermogens en inkomsten te realiseren. Zij zijn daarom in koude uitsluiting getrouwd. Zij zijn voornemens om een huis te kopen in een land A, dat een vorm van gemeenschap als wettelijk stelsel heeft, waar gezamenlijk bestuur aan gekoppeld is. Dit land heeft het splitsingsstelsel in het erfrecht en het huwelijksvermogensrecht in zijn IPR verankerd. Neemt men aan dat het paar door de rechtskeuze voor de *lex rei sitae* afwikkelingsproblemen wil voorkomen, dan hangt het van de concrete betekenis van die rechtskeuze af of dit voor hen wel aantrekkelijk is. Gaat men ervan uit dat door de keuze automatisch het wettelijk stelsel toepasselijk wordt, dan geldt voor dat huis in land A een soort gemeenschappelijk eigendom met gemeenschappelijk bestuur. Gezien de motieven van de echtgenoten een moeilijke afweging. Doen zij de deel-keuze in het kader van het voorkomen van afwegingsproblemen, is dit de meest voor de hand liggende oplossing.

Zou men aannemen dat huwelijkse voorwaarden binnen het gekozen recht mogelijk zijn, dan zou de in de huwelijkse voorwaarden overeengekomen scheiding van goederen ook voor het huis in land A gelden, vooropgesteld dat

48 Rapport Von Overbeck, nrs. 133-139.

49 Terecht merkt Joppe op dat de keuze ook gemaakt kan worden als de onroerende goederen, bijvoorbeeld huizen, niet in een land staan dat het splitsingsstelsel kent. Vooral in landen met het splitsingsstelsel zullen zich problemen met de *Näherberechtigung* voordoen. Joppe, losbl. titel 1.7 IPR art. 3 aant. 17 noot 2.

land A ook een dergelijk stelsel kent. De rechtskeuze zou slechts het recht van land A als kaderwet aanwijzen, binnen welke de reeds bestaande huwelijksvoorwaarden hun werking voor het te verkrijgen huis zouden kunnen ontplooiën.

Ongeacht de keuze op dit punt is nog een andere vraag te beantwoorden: is het mogelijk om ook aan deze rechtskeuze huwelijksvoorwaarden te verbinden die alleen werken voor de onroerende zaken die onder de rechtskeuze vallen? In onze casus zou dat inhouden dat ons echtpaar bij de keuze voor het recht van ligging van het huis in land A tevens zou kunnen bepalen, dat het huis buiten elke gemeenschap valt en daarmee eigendom kan worden van een van hen, zoals zij dat wensen.⁵⁰ Dit laatste veronderstelt wel dat het recht van land A huwelijksvoorwaarden (staande huwelijk) toestaat en (koude) uitsluiting van gemeenschap als keuzemodaliteit kent.

Bij deze voorwaarden zou ook genoemd kunnen worden de Nederlandse eis dat huwelijksvoorwaarden een min of meer algemeen karakter hebben.⁵¹ Regelingen die betrekking hebben op een bepaald huis zijn, behoudens de omstreden mogelijkheid van 'gemeenschap van (woon)huis, niet in huwelijksvoorwaarden te gieten. Vooral bij een rechtskeuze die slechts één huis in Nederland omvat, maar geen betrekking heeft op de andere onroerende zaken van het echtpaar in Nederland, vraag ik mij af of huwelijksvoorwaarden aan deze specifiek in haar werkingsomvang begrensde rechtskeuze gekoppeld kunnen worden. Ik ben geneigd om mij hier bij de in Duitsland verdedigde leer aan te sluiten, dat voor alle onroerende zaken binnen een staat bij een keuze voor de *lex rei sitae* hetzelfde internrechtelijke regime moet gelden. Het is dan in mijn visie wel mogelijk om de rechtskeuze tot slechts een enkel of enkele van de onroerende zaken binnen dat regime te beperken, maar dan geldt voor alle huizen, om een voorbeeld te noemen, waarvoor de *lex rei sitae* geldt, wel hetzelfde materiële stelsel, bijvoorbeeld de koude uitsluiting. Helaas laat het Rapport van Von Overbeck zich er niet over uit, of een keuze voor een deel van de onroerende goederen mogelijk is.⁵²

Uit het bovenstaande blijkt dat bij de rechtskeuze ex art. 6 lid 4 verdrag nog vele grijze vlekken op de verdragskaart staan. In zijn Rapport heeft Von Overbeck vooral de verhouding van deze rechtskeuzebevoegdheid tot de rest van het vermogen aangegeven.⁵³

Samenvattend is mijn opvatting dat de echtgenoten - zover het recht van het land van ligging dit toestaat - de mogelijkheid hebben om bij de rechtskeuze (of daarna) het gekozen wettelijk stelsel te vervangen door een ander stelsel;

50 Het verschil met het boven besprokene is, dat in deze variant het ook mogelijk is om door middel van huwelijksvoorwaarden verschillende materiële regimes voor roerende en (enkele) onroerende goederen tot stand te brengen.

51 Zie onderdeel 8.3.1.

52 Zie voor de Duitse opvattingen ter zake het volgende hoofdstuk.

53 Duidelijk is ook dat niet voor het ene onroerende goed het recht van ligging van een ander onroerend goed kan worden aangewezen, zie Rapport Von Overbeck, nr. 135.

een en ander natuurlijk binnen de dwingendrechtelijke grenzen van de gekozen *lex rei sitae*.

Aangezien dit keuzeprobleem zich ook buiten de grenzen van verdragslanden kan afspelen, moeten wij afwachten hoe de uitwerking in de betrokken landen eruit zal zien. Vast staat dat bij landen die het splitsingsstelsel hantieren, de toepasselijkheid van het eigen recht buiten kijf staat. De rechtskeuze op zich zal daar sporen met de aanknoping van het IPR van het land van ligging. Of deze landen huwelijkse voorwaarden binnen de rechtskeuze toestaan moet in de praktijk worden beproefd. Hoe dit in de landen met een eenheidsstelsel zal worden opgevat, lijkt mij een nog grotere onzekerheidsfactor. Voor deze landen zal de splitsing eerder kunstmatig aandoen.⁵⁴ Voor eenheidsstelsel-landen zal ook het gevolg van de liberale opvatting van art. 6 lid 4 verdrag, dat enkele goederen onder de gekozen wet vallen en andere onder het overigens geldende recht, minder goed acceptabel zijn. De *dépeçerende* rechtskeuze lijkt hier meer problemen te veroorzaken dan op te lossen.

17.1.3 Werking van de rechtskeuze staande huwelijk, art. 6 lid 3 Verdrag

Men duidt de werking van art. 6 lid 3 Verdrag wel eens aan met de term 'terugwerkende kracht',⁵⁵ maar dit is geen term die het Verdrag zelf hanteert.⁵⁶ Terugwerkende kracht kan in beginsel op twee manieren worden uitgelegd. Men kan haar opvatten als

a. Terugrekening van alle verkrijgingen naar het nieuwe recht.

Men zou in deze variant alle verkrijgingen moeten behandelen als waren de echtgenoten op dat moment reeds gehuwd naar het gekozen recht. Dit is mijns inziens geen werkbare weg omdat deze weg het gevaar in zich draagt dat zich achteraf bezien wellicht allerlei onverwachte onbevoegdheden gaan manifesteren.

Indien men bijvoorbeeld uitgaat van een overgang van een wettelijke gemeenschap naar Nederlands recht naar een stelsel van scheiding van vermogens, dan zou men met de bedoeling om vast te stellen wie eigenaar is geweest van de goederen wanneer steeds het scheidingsstelsel had gegolden, kunnen kijken wie het bestuur over de goederen heeft. Dit voorbeeld, overgang van de Nederlandse gemeenschap naar een scheidingsstelsel, geeft Droz⁵⁷ in zijn bespreking van dit probleem. Gezien de bijzondere bestuursre-

54 Zoals Joppe op de aangegeven plaats reeds opmerkte was de bepaling voor de in deze landen gelegen onroerende zaken niet nodig geweest, omdat deze landen de eenheid van het (gekozen) huwelijksgoederenregime accepteren.

55 Zie bijvoorbeeld Joppe, Preadvies KNB 1990, p. 36. De Busschere spreekt in een Belgisch artikel over 'retroactieve werking'; RW 1994, p. 35.

56 Joppe, losbl. titel 1.7, aant. 35, waarschuwt daarom ook voor het gebruik van die term.

57 *Revue critique* 1992, p. 656, nr. 45.

geling uit het Nederlandse recht, leidt dit criterium in beginsel tot vaststelling aan wie destijds het goed was geleverd. Dit voorbeeld werkt zo goed vanwege de bestuursregeling die het Nederlandse recht kent. Verdwijnt daarentegen met het intreden van een bepaald regime de 'traceerbaarheid' van een goed, zoals dat het geval is bij de Duitse Gütergemeinschaft, dan is deze oplossing onbruikbaar.⁵⁸ Vervangt een stelsel van scheiding van goederen de Gütergemeinschaft, dan is niet meer vast te stellen aan wie destijds een goed geleverd was. Bij stelsels die de formele verkrijging als criterium voor eigendoms- en bestuursverhoudingen aannemen, zou deze theorie derhalve tot onoplosbare problemen leiden indien voor de wijziging een stelsel gold dat de formele verkrijging niet duidelijk zichtbaar liet blijken.

Op vergelijkbare wijze werkt ook de oplossing die Joppe op de jaarvergadering van de KNB heeft gepresenteerd⁵⁹ op een vraag van Hidma ter zake van de werking van de rechtskeuze. Zij opteerde ervoor om bij een keuze voor een stelsel van scheiding van goederen eerst vast te stellen hoe de eigendomsverhoudingen zouden zijn geweest als zij van meet af aan in buiten elke gemeenschap zouden zijn gehuwd. In wezen is dit een soortgelijke poging om 'terug te rekenen' als hiervoor werd bedoeld. Al zou de bestuursregeling van het oude stelsel de formele verkrijging traceerbaar houden, dan leert ons de praktijk dat de feitelijke samenwoning van de echtgenoten een uiteenhouden van 'mijn' en 'dijn' vaak onmogelijk maakt. Ook dan zou bij een overgang naar een regime van scheiding van vermogens nog geen duidelijkheid worden geschapen.

b. 'Terugwerkende kracht' bij de rechtskeuze staande huwelijk betekent: zij omvat alle op dat moment aan de echtgenoten toebehorende goederen Dit is een andere betekenis van 'terugwerkende kracht'. In ieder geval moet ter beoordeling van dit begrip duidelijk in het oog worden gehouden dat het niet zonder meer gelijk gesteld mag worden aan de term 'exclusieve werking' uit het overgangsrecht. De toepassing van het regime van het nieuw gekozen recht beperkt zich niet tot de verkrijgingen die na de inwerkingtreding van het nieuwe regime plaatsvinden, zoals dit bij de zogenaamde 'exclusieve werking' het geval zou zijn.

Wat bij de rechtskeuze ex art. 6 Verdrag gebeurt is, dat alle op dat moment aanwezige goederen en alle nadien te verkrijgen goederen vallen onder het gekozen recht. Dit recht beheerst daarmee alle goederen der echtgenoten.⁶⁰

58 Zie voor het Duitse recht inzake de Gütergemeinschaft hoofdstuk 6. Daar is de bestuursverdeling ten aanzien van gemeenschapsgoederen niet aan de formele verkrijging gekoppeld.

59 Verslag van de vergadering naar aanleiding van het preadvies, p. 14 r.k.

60 Dit verdedigde ik reeds in de afscheidsbundel van Tilly Sumampouw op p. 82. Opmerkelijk is dat de Werkgroep IPR van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak van mening is dat echtgenoten ook, mits expliciet aangegeven, alleen het toekomstig te verwerven vermogen onder het gekozen recht kunnen brengen, zie Trema 1995, p. 156. Dit lijkt mij niet in overeenstemming met het beginsel dat aan art. 6 Verdrag ten grondslag ligt: het gekozen recht beheerst het hele aanwezige

Hoewel de uitwerking en detail volgt in hoofdstuk 21 zal ik ter verduidelijking reeds hier een voorbeeld geven hoe deze opvatting in de praktijk zal werken.

Een echtpaar is gehuwd in gemeenschap van goederen. Bij een rechtskeuze staande huwelijk wijzen zij een rechtsstelsel aan wiens wettelijke regime uitaat van scheiding van goederen. Consequente toepassing van de tweede opvatting brengt mee dat het nieuwe stelsel alle op dat moment aanwezige goederen omvat. Aangezien echtgenoten alles of bijna alles in gemeenschappelijk eigendom hebben, moet men aannemen dat zij - voordat een boedelscheiding heeft plaatsgevonden - de goederen in een gewone vorm van mede-eigendom hebben die zich voor verdeling leent. Ik ga hierbij uit van de hypothese dat het gekozen recht een bruikbare vorm van mede-eigendom kent. Is dit niet het geval dan zal mijns inziens de rechtskeuze in een dergelijke constellatie moeten worden voorafgegaan door een boedelscheiding. Daardoor kan het nieuwe regime wel aansluiten bij een eigendomsvariant die het nieuwe recht kent. Aangezien de eerste opvatting leidt tot mijns inziens zeer ongewenste goederenrechtelijke puzzels en rechtsonzekerheid, omdat vooraf niet met zekerheid is te zeggen wat achteraf, na een eventuele rechtskeuze, het goederenrechtelijk kader blijkt te zijn, gaat mijn voorkeur uit naar de tweede variant: alle goederen, waarvan echtgenoten op het moment van de rechtskeuze rechthebbende zijn, worden door die rechtskeuze beheerst.⁶¹

Revillard nuanceert dit in die zin dat echtgenoten een uitzondering zouden kunnen maken op dit beginsel door het eerder geldende stelsel af te rekenen.⁶² Het lijkt erop dat daarmee een uitzondering zou worden gemaakt op het beginsel dat alle op het moment van de wijziging aanwezige goederen onder het nieuwe recht zouden vallen. Mijns inziens omvat ook in dat geval de rechtskeuze alle aanwezige goederen en is van een uitzondering op de hoofdregel geen sprake.⁶³ De afspraak om eerder af te rekenen zou slechts kunnen worden gemaakt in het kader van een regeling omtrent de vereffening, lijkt mij.

17.1.4 Automatische veranderingen in het toepasselijke huwelijksvermogensregime, art. 7 Verdrag

In een aantal gevallen voorziet het Verdrag in automatische wijziging van het toepasselijke huwelijksvermogensrecht. Deze gevallen hebben gemeen dat echtgenoten geen rechtskeuze hebben uitgebracht, noch iets hebben bepaald

vermogen, tenzij echtgenoten gebruik maken van de mogelijkheid om apart voor hun (toekomstige) onroerende zaken de *lex rei sitae* te kiezen.

61 Zo ook Dutoit, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1978, p. 459; Scoles, *Recueil des Cours*, tome 209 (1988), p. 31.

62 Revillard, *Premier bilan d'application de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*, p. 379.

63 Zie ook Rapport Von Overbeck, nr. 72.

omtrent hun wensen aangaande het huwelijksgoederenregime in huwelijkse voorwaarden.⁶⁴ Het gevolg hiervan is dat door het intreden van de gebeurtenissen die art. 7 Verdrag noemt, automatisch het recht van het woonland toepasselijk wordt voor de nadien te verkrijgen goederen. De daarvoor verkregen goederen blijven vallen onder het oude recht.⁶⁵ Art. 7 Verdrag bepaalt dat automatische veranderingen in drie gevallen optreden. Het noemt vervolgens

1. het geval dat partijen dezelfde nationaliteit hebben maar deze voordat zij in hun vaderland gingen wonen, hun regime niet beheerste, en het geval dat partijen de nationaliteit van hun woonplaats verkrijgen; en
2. meer dan tien jaren de gemeenschappelijke verblijfplaats hebben in een land na hun huwelijkssluiting; en
3. het geval dat de echtgenoten in één land gaan wonen, terwijl zij daarvoor geen gemeenschappelijke woonplaats hadden en daarom ex art. 4 lid 2 sub 3 Verdrag hun gemeenschappelijke nationaliteit hun huwelijksgoederenregime bepaalde.

Deze situaties hebben met elkaar gemeen dat de woonplaatswet vanaf het moment waarop zich de genoemde feiten realiseren, het huwelijksgoederenregime van het echtpaar gaat beheersen. In hoofdstuk 21 zal nader worden uitgewerkt wat de gevolgen voor derden zijn indien zich een dergelijke automatische regimewijziging voltrekt.

Als echtgenoten daarnaast een rechtskeuze hebben gemaakt met betrekking tot hun onroerende zaken, dan verandert voor die categorie van zaken het toepasselijke recht niet op grond van art. 7 Verdrag.⁶⁶

AUTOMATISCHE VERANDERINGEN KOMEN ALS EEN DIEF IN DE NACHT

Het probleem van automatische veranderingen is evident: echtgenoten zijn niet actief bij die wijziging betrokken, waardoor de kans klein is dat zij eerst het oude regime afwikkelen voordat het nieuwe begint.⁶⁷ Bij verhuizing of naturalisatie vindt tenminste nog enige wijziging in de feiten plaats. Volgens Van Rijn van Alkemade⁶⁸ kan men in die gevallen aannemen dat echtgenoten op consequenties voor hun huwelijksvermogensregime bedacht moeten zijn. Ik vraag mij af of dit in de praktijk inderdaad zo is. De afloop van de termijn van 10 jaren dat echtgenoten ergens wonen⁶⁹ verloopt in de regel daarentegen totaal geruisloos. De meeste echtparen zullen niet het tweede lustrum van hun aankomst in een bepaald land uitbundig vieren.⁷⁰

64 Philip, *American Journal of Comparative Law* 1976, p. 312; Loussouarn, Clunet 1979, p. 16.

65 Scoles verdedigt de overgang met het argument dat deze vaak zal overeenstemmen met de verwachtingen van partijen; *Recueil des Cours*, tome 209 (1988), p. 29.

66 Rapport Von Overbeck, nr. 138.

67 Mayer, nr. 791.

68 FJR 1992, p. 152.

69 Over dit begrip zie nader Joppe, losbl. titel 1.7, aant. 43.

70 Von Overbeck, *Schweizer Jahrbuch für internationales Recht* 1977, p. 119.

De automatische wijzigingen gelden alleen voor het vermogen dat na de wijziging is verkregen. Men duidt dit systeem ook wel aan met de term ‘wagon-stelsel’, omdat de rechtsstelsels als wagons min of meer zelfstandig achter elkaar hangen.⁷¹ De wagons bevatten steeds het wettelijk stelsel van het desbetreffende land, omdat echtgenoten die zich hebben uitgesproken omtrent het toepasselijke recht, niet met de automatische veranderingen van art. 7 Verdrag worden geconfronteerd.

OPLOSSINGEN BIJ ONDUIDELIJKE EIGENDOMSVERHOUDINGEN, ART. 10 WCHV J^o 1:131 BW

Art. 1:131 BW bepaalt voor het Nederlandse interne huwelijksvermogensrecht wat rechtens geldt bij onduidelijkheid omtrent de vraag aan wie van de echtgenoten een recht aan toonder of een roerende zaak,⁷² die geen registergoed is, toebehoort wanneer geen van beiden zijn recht op het goed kan bewijzen. In dat geval wordt het goed als gemeenschapsgoed aangemerkt wanneer tussen de echtgenoten een gemeenschap bestaat die het goed kan omvatten. Dit zou bijvoorbeeld kunnen spelen bij eigendomstwisten over een bankstel indien de echtgenoten in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen zijn gehuwd, of wanneer tussen hen een gemeenschap van inboedel is overeengekomen. In dit laatste geval zou een zeilboot niet in een gemeenschap vallen. Voor die goederen neemt men aan dat zij aan beide echtgenoten in een titel 3.7-mede-eigendom toebehoren.⁷³

In hoeverre werkt art. 1:131 BW ook in IPR-constellaties? Art. 10 WCHv zegt dat art. 1:131 BW ook van toepassing is wanneer het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten door een vreemd recht wordt beheerst. Dit lijkt erop te duiden dat art. 1:131 BW zowel bij conflicten tijdens de gelding van een stelsel als ook in de afwikkelingsfase gebruikt zou kunnen worden. In de MvT⁷⁴ wordt alleen gesproken over problemen bij de *afwikkeling* van de boedel. Nergens wordt duidelijk of en waarom de werking in IPR-constellaties beperkter zou zijn dan bij interne gevallen, nog daargelaten of men het eens is met de toepasselijkheid van art. 1:131 BW in het IPR.⁷⁵ In het interne recht is de beperking tot de afwikkelingsfase niet gebruikelijk.⁷⁶

Indien men aanneemt dat art. 1:131 BW ook tijdens de werkingsduur van een bepaald regime kan worden gebruikt, dan wordt door dit vermoeden een

71 Zie Rapport Von Overbeck nr. 171; Joppe, Preadvies KNB 1990, p. 45.

72 In het vervolg zal ik kortheidshalve in het kader van art. 1:131 BW alleen maar de roerende zaak als voorbeeld aanhalen, maar voor toondervorderingen geldt het gezegde evenzeer.

73 Klaassen-Eggens-Luijten, p. 215; expliciet Asser-Moltmaker nr. 439.

74 MvT II, p. 22. Zie ook De Boer, NILR 1993, p. 11 noot 17.

75 In onderdeel 21.4 wordt de werking van deze bepaling bij reparaties van automatische overgangen behandeld. Daar wordt ook een oordeel gegeven over het al dan niet verantwoord toepassen van deze bepaling in het IPR.

76 Ook het commentaar van Breedveld-de Voogd in T&C bij dit artikel geeft geen enkele grond voor deze aanname.

groot aantal 'wagons' en de daarmee samenhangende onduidelijkheden vermeden. Men hoeft noch tijdens de werking van een regime noch bij de afwikkeling ervan in een bewijs-impasse te geraken als geen der echtgenoten zijn exclusieve eigendomsrecht kan aantonen.

17.1.5 Voorkoming van automatische veranderingen door een 'behoud-verklaring'

Als de echtgenoten niet (tijdig) een rechtskeuze of huwelijkse voorwaarden hebben gemaakt, kunnen zij het intreden van de automatische veranderingen op een andere wijze voorkomen. Deze mogelijkheid is deels een overblijfsel uit het Voorontwerp voor het Verdrag. Toen bestond de mogelijkheid dat één echtgenoot door een verklaring aan de andere echtgenoot de automatische overgang naar een ander recht kon tegenhouden.⁷⁷

In de definitieve tekst van het Verdrag is dit eenzijdige recht niet meer opgenomen. Von Overbeck wijst erop dat echtgenoten nu *samen* deze verandering kunnen voorkomen. Zij kunnen een rechtskeuze uitbrengen voor het recht dat voor de verandering gold. De keuze voor dat recht moet op dat moment nog wel zijn toegestaan door art. 6 Verdrag.⁷⁸

Het verschil met de gewone rechtskeuze van art. 6 Verdrag is dat bij een behoud-keuze echtgenoten een rechtstelsel aanwijzen dat heeft gegolden en zij zo achteraf de verandering niet laten plaatsvinden, terwijl bij een art. 6-rechtskeuze een ander stelsel toepasselijk wordt.

TIJDSTIP WAAROP DE BEHOUD-VERKLARING KAN WORDEN UITGEBRACHT

De vraag is of de verklaring alleen 'onmiddellijk' na de verandering kan worden uitgebracht, zoals het Rapport Von Overbeck aangeeft,⁷⁹ of dat dit ook nog later mogelijk is. Joppe verdedigt dat deze verklaring ook geldig is indien zij binnen redelijke termijn na de verandering is uitgebracht.⁸⁰ Zij beroept zich daarbij op de ontstaansgeschiedenis van dit veto-recht, dat in zijn oorspronkelijke vorm ook kon worden uitgeoefend binnen een redelijke termijn na de overgang.

Praktisch gezien denk ik dat veel voor de opvatting van Joppe valt te zeggen. Derden kunnen er geen nadeel van ondervinden als de verklaring iets later wordt gedaan, omdat men hier a fortiori moet uitgaan van het beginsel dat rechten van derden moeten worden geëerbiedigd. Zo zal de wil van de echtgenoten de weegschaal in hun voordeel kunnen laten doorslaan. Het gaat

77 Zie Rapport van de Speciale Commissie, 1975, nr. 110; Dutoit, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1978, p. 460; Joppe, *WPNR* 5423 (1978), p. 124.

78 Rapport Von Overbeck, nr. 89; Philip, *American Journal of Comparative Law* 1976, p. 314.

79 Rapport nr. 89.

80 Preadvies KNB 1990, p. 42; zonder commentaar aangehaald door Droz, *Rev. crit.* 1992, p. 666, nr. 60.

erom dat het huwelijksvermogensregime zo goed mogelijk bij hun wensen aansluit en dat men hen meer mogelijkheden biedt om het wagonstelsel te vermijden. Omdat het automatische veranderingen betreft, waarvan de echtgenoten zich wellicht de huwelijksvermogensrechtelijke gevolgen niet goed realiseren, is het mijns inziens verdedigbaar om het 'onmiddellijk' uit Von Overbecks rapport in de door Joppe gesuggereerde zin als een redelijke termijn uit te leggen, waarbinnen echtgenoten informatie kunnen inwinnen die hen in staat stelt een weloverwogen keuze te maken.

VORM VAN DE BEHOUD-VERKLARING

In de voorbereidende en de parlementaire stukken behorende bij het Verdrag is nergens uitgewerkt, aan welke vorm deze behoud-keuze moet voldoen. Vanuit de geschiedenis van het Verdrag is dit verklaarbaar, omdat dit juist het struikelblok was bij de eenzijdige partijverklaring uit het Voorontwerp. De MvT bij de WCHv⁸¹ spreekt van een

“enigszins anders geaarde rechtskeuze dan die van de artikelen 3 en 6 van het verdrag.”

Impliceert de Nederlandse wetgever dat de vormvoorschriften voor rechtskeuzes van het Verdrag analoog moeten worden toegepast op deze speciale categorie? Dit strookt niet met het slot van het genoemde stuk uit het Rapport, waar (in de Nederlandse versie) staat dat echtgenoten de wijziging van het Nederlandse huwelijksvermogensrecht in dat van een ander land, kunnen voorkomen

“door de toepasselijkheid van het Nederlandse recht in een uitdrukkelijke verklaring te bevestigen.”

Daar wordt derhalve alleen van een uitdrukkelijke verklaring door de echtgenoten gesproken, zonder verdere verwijzing naar de vorm van de gewone rechtskeuze van art. 6 Verdrag.

Als men ervan uitgaat dat elke blijk van een bepaalde wil van de echtgenoten op het onderhavige terrein al voldoende moet zijn om de ongewenste automatische verandering te voorkomen, dan zou dit een reden zijn om geen verdere vormvereisten aan de behoudverklaring te stellen. In de oorspronkelijke versie van het verdrag waar het veto-recht via een eenzijdige verklaring kon worden uitgeoefend, volstond een schriftelijke, gedateerde en ondertekende mededeling die gericht was aan de andere echtgenoot. Binnen deze context werd afgezien van de toepasselijkheid van de vormeisen voor een 'gewone' rechtskeuze. Daarnaast werd aan de echtgenoten overgelaten of zij zelf een meer formele mededelingsvorm wilden gebruiken.⁸²

Anderzijds zijn voor alle gevallen waarin het verdrag rechtskeuzemogelijkheden geeft, in de art. 3, 6 en 8 lid 2 verdrag, wel de vormvereisten van de art. 11-13 Verdrag gesteld. Vanuit die optiek zou men moeten constateren dat

81 P. 14.

82 Zie Von Overbeck, Rapport van de Speciale Commissie, 1975, nr. 110.

Von Overbeck er blijkbaar niet aan heeft gedacht, om ook bij de behoudkeuze in de tweezijdige vorm de gebruikelijke vormvereisten te noemen. De uitkomst van deze gedachte is dat echtgenoten in ieder geval een document moeten hebben dat voldoet aan de zojuist genoemde vormvereisten om een automatische verandering van hun huwelijksvermogensregime te voorkomen. De beide redeneringen afwegend gaat mijn voorkeur uit naar de tweede. Op deze wijze zullen alle rechtskeuzes moeten voldoen aan dezelfde formele eisen, hetgeen de duidelijkheid ten goede komt (hetgeen juist bij deze vage variant van de rechtskeuze nodig is); tevens wordt de bewijspositie van echtgenoten in alle gevallen dezelfde. De vormvoorschriften hebben ook in alle gevallen dezelfde functie.

17.1.6 Echtgenoten kunnen het hele vermogen onder het nieuwe recht brengen, nadat zich een automatische wijziging heeft voorgedaan, art. 8 lid 2 Verdrag

Echtgenoten krijgen door art. 8 lid 2 Verdrag nog een andere mogelijkheid om wagonvorming, veroorzaakt door een automatische verandering, ongedaan te maken, namelijk door, met inachtneming van de voor rechtskeuze geldende vormeisen, te verklaren dat het regime van het nieuwe recht hun gehele vermogensactief en -passief zal beheersen. Al hun aanwezige vermogen valt dan onder het na de verandering geldende recht zodat weer een eenheidsstelsel wordt bereikt.⁸³ De goederen die onder het eerder geldende stelsel zijn aangeschaft, vallen dan ook onder het recht dat na de laatste verandering is gaan gelden. In zoverre is er qua resultaat geen verschil met de terugwerkende kracht van art. 6 Verdrag, waar ook alle reeds aanwezige goederen onder de nieuwe wet vallen. Het verschil tussen art. 6 en 8 lid 2 is dat de overgang van art. 8 lid 2 Verdrag in twee stappen plaatsvindt: eerst een automatische verandering ex art. 7 Verdrag voor de nadien te verkrijgen goederen en dan de rechtskeuze die de overige goederen ook onder dit regime brengt. De overgang ex art. 6 Verdrag is, afgezien van de ter keuze staande rechtssystemen, ook in zoverre afwijkend dat de keuze onmiddellijk voor alle goederen geldt. Beide vormen van rechtskeuze gelden alleen zolang er geen andere rechtskeuze ex art. 6 wordt gedaan. Deze zou alle eerdere keuzen weer ‘overrulen’.

Het Verdrag geeft in het slot van art. 8 lid 2 aan dat rechten van derden door het uitbrengen van deze verklaring onverlet blijven. In de praktijk zal dat betekenen dat rechten die zij op goederen van de echtgenoten hebben gevestigd, door de overgang naar een ander stelsel onveranderd blijven. In zoverre lijkt deze overgang op die krachtens rechtskeuze van art. 6 Verdrag.

⁸³ Van Rijn van Alkemade, FJR 1992, p. 153.

Loussouarn⁸⁴ vraagt zich af of dit middel ter opheffing van het wagonstelsel wellicht nog erger is dan de kwaal van het stelsel zelf, omdat de rechten van derden onverlet blijven. Of dit zo is, zal in de hoofdstukken 21 en 27 worden onderzocht. Aan de mogelijkheid om alsnog een art. 6 Verdrag-rechtskeuze uit te brengen kleven dezelfde nadelen.

17.1.7 Gevolgen van de invoering van de derdenbeschermingsmaatregelen van de WCHv ten aanzien van Verdrag 1978-huwelijken

In beginsel kan een echtgenoot zijn buitenlandse huwelijksvermogensstelsel te allen tijde aan een derde tegenwerpen, art. 9 lid 1 Verdrag en art. 3 WCHv, tenzij een derdenbeschermingsmaatregel uit de *lex rei sitae* dat verhindert en een derde te goeder trouw beschermt. Nederland heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheden van art. 9 lid 2. In art. 4 is een registratievereiste gesteld waaraan een derdenbeschermingsregel is verbonden. Op grond van art. 4 WCHv kunnen echtparen met buitenlands huwelijksvermogensrecht in het huwelijksgoederenregister laten aantekenen dat zij niet naar Nederlands recht zijn gehuwd. Nadat 14 dagen na de inschrijving zijn verstreken, kunnen derden niet meer als te goeder trouw in de zin van art. 1:116 BW worden aangemerkt. Voordat deze termijn verstreken is, mogen schuldeisers te goeder trouw ervan uitgaan dat hun schuldenaren in de algehele gemeenschap van goederen zijn gehuwd als overigens aan de vereisten van art 4 en 5 WCHv is voldaan. Zij kunnen zich derhalve verhalen op de goederen alsof het echtpaar in de Nederlandse wettelijke gemeenschap zou zijn gehuwd, zie nader hoofdstuk 27.⁸⁵

Opmerkelijk is dat de ingeschreven verklaring niet hoeft te vermelden door welk recht het huwelijksvermogensregime wordt beheerst. In ieder geval valt de inhoud van de verklaring onder de verantwoordelijkheid van de echtgenoten, omdat het een partijakte is. De notaris is dan niet aansprakelijk, mocht hij zich hebben vergist bij de bepaling van het toepasselijke huwelijksvermogensrecht.⁸⁶ Bij echtparen die een rechtskeuze hebben uitgebracht staat naar mijn mening niets aan vermelding van het gekozen recht in het register in de weg. Daar is weinig onduidelijkheid mogelijk, tenzij in een uitzonderlijk geval de notaris twijfels zou hebben omtrent de geldigheid van de rechtskeuze.

De gevolgen van het achterwege laten van een inschrijving in het huwelijksgoederenregister dat buitenlands recht het regime beheerst, gelden zowel voor echtgenoten in Nederland voor wie reeds ten tijde van de huwelijksluiting een buitenlands regime gold, maar ook voor echtgenoten bij wie staande huwelijk een wijziging optreedt. Hetzelfde geldt voor echtgenoten die staande

⁸⁴ Clunet 1979, p. 18.

⁸⁵ Zie de hoofdstukken 8 en 14 voor de internrechtelijke gevolgen.

⁸⁶ MvT II bij WCHv, 21 273, nr. 3, p. 19

huwelijk naar Nederland verhuizen met medebrenging van hun buitenlandse regime.

Ten aanzien van de gevolgen voor de bescherming van derden tegen bestuursonbevoegdheid die wordt veroorzaakt door de gelding van buitenlands huwelijksvermogensrecht geldt, dat de Nederlandse goederenrechtelijke derdenbeschermingsregels van toepassing zijn als het desbetreffende goed zich ten tijde van de beschikkingshandeling in Nederland bevindt, zie hoofdstuk 21. Als de echtgenoten voor wie buitenlands huwelijksvermogensrecht geldt, gebruik hebben gemaakt van de zojuist genoemde inschrijvingsmogelijkheid in het huwelijksgoederenregister, dan gelden derden in dezelfde mate als niet te goeder trouw als dit het geval zou zijn in internrechtelijke verhoudingen, waar een inschrijving in het huwelijksgoederenregister heeft plaatsgevonden.

17.2 Haags Huwelijksgevolgenverdrag 1905

Tot 23 augustus 1977 was Nederland gebonden aan het Haags huwelijksgevolgenverdrag van 17 juli 1905.⁸⁷ Het Verdrag is en blijft van toepassing⁸⁸ op huwelijken die voor de opzegging van het Verdrag door Nederland zijn gesloten waarbij de man onderdaan is van een verdragsluitende staat.⁸⁹ Lang is gestreden over de reikwijdte van de werkingsomvangbepaling art. 10 en dan met name over de vraag, of het verdrag altijd toepasselijk is indien een Nederlandse man huwt met een buitenlandse vrouw.⁹⁰ In het arrest Rhodesische Nederlanders⁹¹ heeft de Hoge Raad bepaald dat huwelijken met mannelijke onderdanen van verdragslanden tevens met een ander verdragsland dienen te zijn verbonden, bijvoorbeeld door de plaats van huwelijksluiting of

87 Stb. 1912 nr. 285. Voor een bespreking zie Baak, diss. p. 92 e.v. Kritisch Kokkini-Iatridou, FJR 1993, p. 133 en Stille, WPNR 5607 (1982) in een bespreking van het Haagse Italianen-arrest, HR 29 maart 1981, NJ 1981 335 mnt. JCS met een verwijzing naar de opvattingen in Duitsland over dit verdrag.

88 Deze regel van eerbiedigende werking heeft de Hoge Raad uitgesproken in het Haagse Italianen-arrest, HR 27 maart 1981, NJ 1981 335 mnt. JCS. Voor een bespreking van dit arrest zie De Boer en Kotting, WPNR 5607 (1982); en in dezelfde aflevering Stille; Klinke, IPRax 1983, p. 132-137. Van Loon vraagt zich af of deze eerbiedigende werking is te rijmen met art. 8 EVRM, maar de Hoge Raad heeft hierover niet uitgesproken. Zie Van Loon, De wisselwerking tussen internationaal privaatrecht en rechten van de mens, p. 142.

89 Voor een overzicht van de verdragslanden zie NIPR 1990 nr. 48 en Ten Wolde, EchtscheidingBulletin 1993, nr. 4, p. 13.

90 Zie Kosters, p. 456; anders: De Boer en Kotting, WPNR 5607 (1982), met reactie van Verheul die Kosters mening verdedigt, en een naschrift van de auteurs in WPNR 5616 (1982); Ten Wolde, Advocatenblad 1989, p. 531 e.v. met verdere verwijzingen. d'Oliveira, AAe 1976, p. 105 in een annotatie van Hof Amsterdam 10 juli 1975, NJ 1975 459 (Chelouche/Van Leer), is tegen de leer van Kosters, maar hoopt op andere gronden op beperkte toepassing van het verdrag.

91 HR 19 maart 1993, NJ 1993 187 mnt. JCS. Zie voor commentaar Hensen, JBN 1993, nr. 51; FJR 1993, p. 145 e.v.; Van Roeyen, NTBR 1993, p. 129; Ten Wolde, NILR 1993, p. 522.

de nationaliteit van de echtgenoten vóór of na de huwelijksdatum, wil het Verdrag 1905 van toepassing zijn.⁹²

17.3 Commuun IPR tussen en naast de verdragen: Chelouche/van Leer, Sabah, Rhodesië en Hong Kong arresten

17.3.1 De commune conflictregels met excepties

Voor huwelijken die niet onder het Haags Huwelijksgevolgenverdrag 1905 vallen en die gesloten zijn vóór de inwerkingtreding van het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978, gelden de regels van het Chelouche/Van Leer arrest.⁹³ Daarin is bepaald dat het huwelijksvermogensregime van partijen wordt beheerst door:

- a. het recht dat partijen vóór het huwelijk hebben gekozen;⁹⁴
- b. bij gebreke van een rechtskeuze: het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit van partijen ten tijde van de huwelijksluiting;⁹⁵
- c. bij gebreke van een gemeenschappelijke nationaliteit: het eerste gemeenschappelijke domicilie van partijen na de huwelijksluiting;⁹⁶
- d. hebben echtgenoten ook deze niet, dan geldt de wet waarmee partijen, alle omstandigheden in aanmerking genomen, de nauwste verbondenheid hebben.

Deze regel geldt, zo blijkt uit het arrest, voor alle commune huwelijken ook al zijn zij gesloten vóór het Chelouche/Van Leerarrest. Hierop kan een uitzondering worden gemaakt als partijen op goede gronden, bijvoorbeeld ingewonnen advies, van een andere toepasselijke wet zijn uitgegaan, aldus het Sabah-

92 Zie voor een discussie over wat dit precies inhoudt: WPNR 6148 (1994), waar Heyning en Marck enerzijds en Joppe anderzijds daar hun visie over geven. Voor vindplaatsen van overige literatuur zie Ten Wolde, Hoofdpijnen, p. 4, daar in het bijzonder voetnoten 11-12. De beperkte interpretatie van de werkingsomvangbepaling is het gevolg van het reciprociteitsbeginsel waar dit verdrag op steunt, zie Werkgroep IPR van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, Trema 1995, p. 139.

93 HR 10 december 1976, NJ 1977 275. Zie voor de geschiedenis van de aanknopingsregels in het commune recht voor het Chelouche-arrest, Werkgroep IPR van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, Trema 1995, p. 139 e.v.

94 Joppe, WPNR 5425 (1978), p. 154; Van der Ploeg, Rechtskeuze in het huwelijksvermogensrecht, p. 57; Kokkini-Iatridou, FJR 1993, p. 132; Ten Wolde, EchtscheidingBulletin 1993, nr. 4, p. 15. In beginsel zijn er geen inhoudelijke beperkingen aan deze rechtskeuzebevoegdheid, zie Werkgroep IPR, Trema 1995, p. 149.

95 Hierbij wordt ook een ter gelegenheid van het huwelijk verkregen nationaliteit meegerekend, zie HR 6 december 1991, NJ 1992 669 mnt. JCS (Sinterklaasarrest). Dit arrest is niet met onverdeelde instemming begroet omdat het impliciet de vrouw achterstelt, zie Hensen FJR 1993, p. 147; d'Oliveira, NJB 1993, p. 564-565. De uitleg van het begrip wijkt af van gemeenschappelijke nationaliteit zoals deze wordt verstaan in art. 15 Verdrag 1978, maar het achterwege laten van een effectiviteits-toets past wel in het systeem van het Verdrag. Zie Hensen, JBN 1992, nr. 8.

96 Voor een nadere uitwerking van dit begrip zie HR 16 september 1994, NJ 1995 169 mnt. ThMdB (Hong Kong-arrest). Over dit arrest zie Hensen, JBN 1994, nr. 107; Van Maas de Bie, EchtscheidingBulletin februari 1995, p. 9-12.

arrest.⁹⁷ Indien echtgenoten volgens de Chelouche-regel naar Nederlands recht zijn gehuwd, omdat zij verschillende buitenlandse nationaliteiten hebben en in Nederland hun eerste huwelijksdomicilie hadden gevestigd, maar zij volgens de oude conflictregel (nationale wet van de man)⁹⁸ die zij op grond van het advies toepasselijk mochten achten, dachten in een ander stelsel gehuwd te zijn, dan mag de ene echtgenoot zich jegens de andere niet beroepen op toepasselijkheid van de door de Chelouche-regel aangewezen materiële bepalingen.⁹⁹ Dit is een exceptie die is gebaseerd op dwaling omtrent de vraag welke conflictregel in dit geval toepasselijk is, de oude of de nieuwe. De relatie tussen partijen kan ook door een ander dan het door de Chelouche-regel aangewezen recht worden beheerst als zij gedurende vele jaren van de toepasselijkheid van een andere materiële uitkomst waren uitgegaan dan het aangewezen recht opleverde, indien een beroep op dat objectief toepasselijke recht in strijd zou zijn met de (Nederlandse) redelijkheid en billijkheid.¹⁰⁰ De oorzaak van deze onjuiste aanname zal dan gelegen zijn in het idee dat een buitenlandse conflictregel het toepasselijk regime zou aanwijzen, bijvoorbeeld het conflictenrecht van de plaats van huwelijkssluiting. Het is nog niet geheel duidelijk wanneer deze onaanvaardbaarheidsexceptie uit het Rhodesië-arrest gebruikt kan worden. Het lijkt erop dat men deze alleen mag toepassen als het Nederlandse huwelijksgoederenrecht het regime van partijen beheerst, omdat het beginsel van art. 6:2 BW een Nederlands voorschrift is, maar ook daarover is het laatste woord nog niet gezegd.¹⁰¹

Het Hong Kong-arrest geeft op het punt van de correctie van de conflictregel eveneens weinig uitsluitsel. Wellicht speelde in deze zaak op de achtergrond mee dat de Nederlandse man, die voor zijn huwelijk met een statenloze

97 HR 7 april 1989, NJ 1990 347 mnt. De Boer in AAe 1989, p. 799 e.v. en NILR 1991, p. 39; Joppe, WPNR 5930 (1989); Ten Wolde, Advocatenblad 1989, p. 534 e.v., ziet allerlei praktische bezwaren. Zie over deze kwestie ook Hensen, JBN 1993, nr. 94.

98 Deze regel gold vroeger ook voor het commune IPR, zie Kusters/Dubbink p. 618 met verdere verwijzingen; Lemaire, p. 114. Deze regel staat als hoofdregel ook in art. 4 lid 1 EW. Zie hierover Van Rijn van Alkemade, FJR 1992, p. 151.

99 Zie De Boer, WPNR 6092 (1993), p. 343; zo ook Hensen naar aanleiding van een onderzoek van de adviespraktijk van o.a. het Internationaal Juridisch Instituut vóór het Sabah-arrest in WPNR 5943 (1990), p. 7-10. Illustratief in dit verband is ook de opmerking van Van der Ploeg, NILR 1977, p. 474, waar hij opmerkt dat in de preadviezen aan de Koninklijke Notariële Broederschap van 1969 Dubbink van mening was dat nog steeds de nationale wet van de man gold, terwijl hijzelf uitging van de gemeenschappelijke woonplaats, bij gebreke waarvan aan de gemeenschappelijke nationaliteit moet worden aangeknoopt.

100 HR 19 maart 1993, NJ 1994 187 mnt. JCS (Rhodesië-arrest). Zie hierover Luijten, WPNR 6102 (1993); Van Roeyen, NTBR 1993, p. 129-133; Wiglevén, Advocatenblad 1993, p. 417; Hensen, JBN 1993, nr. 51 en erg kritisch in FJR 1993, p. 147-148; Ten Wolde, NILR 1993, p. 527-528 en WPNR 6124 (1994).

101 Hensen, JBN 1993, nr. 51; Roelvink, Artikel 6:2 BW en het Nederlandse IPR, die mijns inziens terecht de opvatting van Van Rijn van Alkemade bestrijdt. Laatstgenoemde betoogde in 'Artikel 2 Boek 6 NBW en het internationaal privaatrecht', p. 109, dat art. 6:2 BW een Nederlandse voorrangregel zou zijn. In FJR 1992, p. 155, noemde hij de redelijkheid en billijkheid als correctiemiddel in individuele gevallen een goede zaak. Zie ook Schultsz in zijn bijdrage aan de studiedag over de Schets, NIPR 1994 special, p. 33, en de discussie naar aanleiding van deze bijdrage.

vrouw gedurende meerdere maanden in Hong Kong had samengewoond, kort na de huwelijksluiting met haar blijvend¹⁰² naar Nederland verhuisde. Het betrof in wezen een uni-nationaal huwelijk. Korte tijd na de huwelijksluiting verkreeg de vrouw immers, naar ik aanneem, door optie voor de Nederlandse nationaliteit op grond van art. 8 Wet op het Nederlanderschap en ingezetenschap 1896, versie 1964, de Nederlandse nationaliteit.¹⁰³ Dit feit was in de lagere instanties niet naar voren gebracht¹⁰⁴ en kwam pas in het cassatiemiddel en de conclusie van A-G Strikwerda aan de orde. De Hoge Raad kon daardoor niet openlijk acht slaan op dit feit, art. 419 Rv. Dit gegeven versterkte wellicht nog het oordeel van de Hoge Raad dat de man in deze omstandigheden er geen beroep op kan doen dat uitoefening van de rechten uit de wettelijke gemeenschap door de vrouw in strijd zou zijn met de redelijkheid en billijkheid. Hij kon immers verwachten dat, bij gebreke van huwelijksvoorwaarden en/of een rechtskeuze, het Nederlandse wettelijk stelsel toepasselijk zou zijn.¹⁰⁵ Het was niet onaanvaardbaar, zoals de man in een grief naar voren had gebracht, om in dit geval Nederlands recht toe te passen.

Wat er ook van zij, duidelijk is dat alle pogingen van de Hoge Raad om het commune IPR-huwelijksvermogensrecht helder en duidelijk voor derden vaststelbaar te maken, moeten stranden bij de introductie van onzekere begrippen als 'redelijkheid en billijkheid' en 'de onaanvaardbaarheid van een beroep op het eigenlijk toepasselijke stelsel'. Dit lijkt mij geen goede weg. Voor echtgenoten onderling maar ook voor derden dient een duidelijke regel gegeven te worden. De Sabah-exceptie lijkt mij nog aanvaardbaar omdat zij rekening houdt met gevallen waarin allen, dus zowel de echtgenoten als ook de schuldeisers altijd van de gelding van een bepaald recht zijn uitgegaan en dit ook is gebaseerd op enigerlei concrete juridische bemoeienis om achter het toepasselijke recht te komen. Wat dit laatste element aangaat doet dit in de verte denken aan het systeem van het Verdrag 1978 waarin ook de automatische verandering is uitgesloten indien echtgenoten zich concreet hebben uitgesproken omtrent hun wil betreffende de gelding van een bepaald regime. Deze correctie in het commune recht lijkt mij derhalve legitiem. De uitzondering op grond van de redelijkheid en billijkheid, eventueel in navolging van

102 Hensen, JBN 1994, nr. 107, vermeldt bij de bespreking van dit arrest dat de man had aangevoerd dat zij oorspronkelijk alleen naar Nederland waren afgereisd om hier de geboorte van hun kind af te wachten.

103 Over de termijn waarin van dit optierecht gebruik kan worden gemaakt zie Joppe, WPNR 6162 (1994) in de boekbespreking van Ten Wolde, Hoofdpijnen.

104 Zie een uittreksel uit het vonnis van de Rb. en het arrest van het Hof Amsterdam in NIPR 1993 nr. 405, waar de Rb. de verkrijging van de Nederlandse nationaliteit niet als vaststaand aanneemt en in de overwegingen van het Hof dit aspect blijkbaar geen rol speelt.

105 d'Oliveira wees er in Veto op de lex fori, p. 51-52, op dat ook in de Chelouche-Van Leer-zaak de man vanwege de feitelijke omstandigheden had moeten verwachten dat Nederlands recht van toepassing was, en daarmee ook de gemeenschap van goederen.

Van Rijn van Alkemade, lijkt mij niet passend in dit gedeelte van het recht waar het aankomt op rechtszekerheid in een duurverhouding.

17.3.2 Toepassing van art. 4 WCHv en de registerbescherming ook bij pre-Verdrag 1978-huwelijken?

Zoals in onderdeel 17.1.7 voor Verdrag 1978-huwelijken is uitgewerkt, heeft de WCHv voor deze huwelijken een nieuwe inschrijvingsverplichting in het leven geroepen. Echtgenoten die zijn gehuwd onder het Verdrag 1978 kunnen - net als echtgenoten met huwelijksvoorwaarden in het interne recht - het feit dat zij niet naar Nederlands recht zijn gehuwd, in het huwelijksgoederenregister inschrijven, art. 4 WCHv j° 1:116 (j° 120 lid 2) BW, willen zij derdenwerking hun buitenlandse regime geven. De gevolgen voor derden van deze publikatiemogelijkheid zullen worden besproken in onderdeel 19.2.

In hoeverre bestaat de mogelijkheid ook voor echtgenoten die vóór de invoering van het Verdrag 1978 in 1992 zijn gehuwd, om vrijwillig tot inschrijving van hun buitenlandse regime over te gaan? Zij vallen immers nog onder het vroegere (IPR-)regime. Navraag bij de griffies van enkele rechtbanken¹⁰⁶ heeft uitgewezen dat echtgenoten die eerder zijn gehuwd, in de praktijk ook gebruik kunnen maken van de nieuwe inschrijvingsmogelijkheid ten aanzien van hun buitenlandse huwelijksgoederenregime. Hierbij maken de griffies geen onderscheid tussen gevallen waar een verandering van regime heeft plaatsgevonden door een rechtskeuze of die waarvan de partijverklaring slechts een bevestiging is van het tussen de echtgenoten geldende stelsel. Deze opvatting heeft als voordeel dat wederpartijen (in spe) op de voor thans de hand liggende plaats informatie kunnen vinden over het feit of buitenlands huwelijksvermogensrecht van toepassing is. Het nadeel dat o.a. door een medewerker bij de KNB is geuit, dat hierdoor vervuiling van de registers optreedt, doet mij niet van mening veranderen. Immers, mij lijkt hier het belang van de nagestreefde volledigheid zwaarder te wegen dan het belang dat alleen precies dat is ingeschreven wat in de wet als inschrijfbaar feit wordt genoemd.

Indien echtgenoten die niet onder het Verdrag zijn gehuwd, niet de moeite nemen om via de inschrijving van een notariële akte hun buitenlandse regime te publiceren, kunnen zij zich dan toch op dit regime beroepen jegens derden? Mits het een buitenlands wettelijk stelsel betreft of een ander regime dat tot stand gekomen is volgens een buitenlandse *lex causae*, mag het echtpaar zich in Nederland hierop beroepen. Art. 1:116 BW sec is immers alleen geschreven voor echtparen wier huwelijksvermogensrecht wordt beheerst door Nederlands recht. Eventueel kan men de werkingsomvang van de bepa-

106 Informatie hieromtrent is opgevraagd bij de griffies van de rechtbanken in Amsterdam, Rotterdam en 's-Gravenhage.

ling nog uitbreiden naar alle echtgenoten wier buitenlands huwelijksvermogensrecht ook een inschrijvingseis kent, maar daartoe moet het mijns inziens zeker beperkt blijven.¹⁰⁷ Dat met de invoering van art. 4-5 WCHv nu ook voor de vóór 1992 gehuwde echtparen een inschrijvings*plicht* is gaan gelden met de sanctie zoals bepaald in art. 4 en 5 WCHv, kan ik uit de WCHv niet afleiden.¹⁰⁸ Joppe is van mening dat exclusieve werking op dit punt beter zou zijn,¹⁰⁹ maar de feitelijke obstakels die aan de eis van voldoende voorlichting aan alle in Nederland verblijvende echtparen met buitenlands huwelijksvermogensrecht in de weg staan, doen mij twijfelen aan de realiseerbaarheid van deze op zichzelf juiste gedachte.

Dat dit sneu is voor de Nederlandse crediteur wiens verhaalsmogelijkheden eventueel beperkter zijn dan hij zich had voorgesteld, ligt voor de hand. De Minister heeft daar weinig moeite mee.¹¹⁰ Hij realiseert zich wel, dat eventuele verrassingen vooral te verwachten zijn indien buitenlanders bij een transactie betrokken zijn of buitenlandse rechtsfeiten van invloed zijn op de rechtstoestand van een registergoed, bijvoorbeeld een buitenlandse boedelscheiding die natuurlijk niet in de Nederlandse registers is terug te vinden.¹¹¹ Zijns inziens is dit allemaal niet zo ernstig omdat een Nederlandse notaris bij een transactie waar een buitenlander bij is betrokken, informatie omtrent diens burgerlijke staat en eventuele gevolgen van die burgerlijke staat zal inwinnen alvorens aan de transactie mee te werken.¹¹² Dat neemt niet weg dat de gevolgen van de gelding van een buitenlands regime bij pre-1992-echtparen voor risico van de wederpartij van de echtgenoten komt, hoewel er geen register is waar derden makkelijk de werking van dit soort regimes kunnen achterhalen.¹¹³

OOK BIJ OUDERE HUWELIJKEN INSCHRIJFBAARHEID VAN BUITENLANDS HUWELIJSVERMOGENSRECHT IN HET ONROERENDGOEDREGISTER?

Anders dan de WCHv die de verplichting tot inschrijving in het huwelijksgoederenregister alleen aan echtgenoten in post 1992-huwelijken oplegt, maakt de tekst van art. 3:17 BW geen onderscheid naar de oorzaak van het relevante feit. Dat heeft mijns inziens tot gevolg dat echtgenoten, die ook zonder inschrijving in het huwelijksgoederenregister hun buitenlandse huwelijksvermogensregime aan verschoonbaar onkundige derden kunnen tegen-

107 HR 25 mei 1979, NJ 1979 549 (Pakistaanse affidavit) over rechtskeuze. Zie Joppe, WPNR 5880 (1988), rechtspraakoverzicht, o.a. over Rb Haarlem, 19 juni 1984, NJ 1986 562, NIPR 1986 372.

108 Zie ook mijn betoog in WPNR 6109 (1993).

109 Preadvies KNB 1990, p. 70-71; losbl. titel 1.7, aant. 51.

110 MvA II, P.G. Boek 3, p. 135.

111 Zie hierover onderdeel 19.2 waar ik verdedig dat ook buitenlands huwelijksvermogensrecht valt onder de inschrijfbare feiten van art. 3:17 lid 1 sub a BW. Zie hierover ook mijn eerdere publikatie in WPNR 6109 (1993).

112 MvA II bij art. 3.1.2.7, PG Boek 3, p. 135.

113 Van Straaten, Kadaster, p. 192.

werpen, deze bevoegdheid missen bij onroerende goederen, indien zij dit feit niet in het onroerendgoedregister hebben doen inschrijven.¹¹⁴

Het standpunt van de wetgever in deze kwestie is echter onduidelijk dan wel onbepaald. Bij de behandeling van de tekst van Boek 3 NBW sprak de Minister zich er nog voor uit dat buitenlands huwelijksvermogensrecht niet in het onroerendgoedregister behoefde te worden ingeschreven, omdat men dat niet van buitenlanders zou kunnen vergen. Als een notaris te maken had met de vervreemding van een onroerende zaak, dan zou de notaris maar nader moeten informeren naar eventuele invloeden van het (buitenlandse) huwelijksvermogensregime op de positie van de buitenlandse vervreemder.¹¹⁵

Bij de behandeling van de nieuwe kadasterwet daarentegen geeft de Minister als voorbeeld voor de inschrijving van een stuk dat geen notariële akte is, art. 26 lid 1 Kadasterwet, een (buitenlandse) huwelijksluiting, waardoor een onroerende zaak in enigerlei gemeenschap van goederen zou terechtkomen. Hij verwijst daarbij zelfs naar de zojuist genoemde passage uit de parlementaire geschiedenis van Boek 3 BW!¹¹⁶

De oude passage dateert klaarblijkelijk uit de periode voordat de mogelijkheid om buitenlands huwelijksgoederenrecht in te laten schrijven in het huwelijksgoederenregister, was bedacht. De toen door de Minister gemaakte opmerking, dat wij in Nederland maar moeten leven met het feit dat er - onherkenbaar - mensen rondlopen met een ander huwelijksgoederenregime dan men zou verwachten (om haar enigszins sarcastisch te parafraseren) is inmiddels achterhaald. Als men ervan uitgaat dat echtgenoten die niet onder het Verdrag vallen, de *mogelijkheid* hebben (niet de *verplichting* op grond van art. 4 WCHV!) om hun buitenlandse huwelijksgoederenregime in te schrijven in het huwelijksgoederenregister dan heeft het nalaten van zo'n inschrijving ineens allerlei gevolgen voor deze 'oude' echtparen omdat zij dan niet meer worden beschermd door art. 3:24 BW. Zij hadden immers door inschrijving in het huwelijksgoederenregister ervoor kunnen zorgen dat derden op de hoogte raakten van het feit dat zij niet in de Nederlandse wettelijke gemeenschap waren gehuwd, althans ervoor kunnen zorgen dat derden zich op dit punt niet meer op hun onkunde kunnen beroepen.

Welke concrete gevolgen heeft dit voor een echtpaar met een buitenlands huwelijksgoederenregime? Gaan wij weer ervan uit dat een echtpaar is gehuwd naar het Duitse keuzestelsel: gemeenschap van goederen met Verwaltung voor de man. Nemen wij aan dat de vrouw voor de huwelijksluiting een huis in Nederland had verkregen op haar naam. Derden die niets weten van het Duitse huwelijksgoederenregime zullen ervan uitgaan dat de vrouw bestuursbevoegd is. Als zij zelfstandig het huis vervreemdt, zal de man niet kunnen tegenwerpen dat eigenlijk hij exclusief bestuursbevoegd is.

114 Zie Reinhartz, WPNR 6109 (1993).

115 PG Boek 3, p. 135.

116 PG Kadasterwet, p. 150.

Door inschrijving in het huwelijksgoederenregister van het feit dat het echtpaar naar buitenlands recht is gehuwd, is de derde nadat 14 dagen¹¹⁷ zijn verstreken, niet meer te goeder trouw omtrent dit feit. De bij het transport van het huis betrokken notaris zal nader onderzoek verrichten omtrent het buitenlandse huwelijksvermogensrecht en zal dan op de hoogte raken van het geldende regime. Mocht de vrouw ten onrechte meedelen dat zij in de Duitse Zugewinnngemeinschaft zijn gehuwd, dan kan men zich afvragen of men van de notaris nog kan verlangen dat hij ook de man daarnaar vraagt of nader onderzoek naar inschrijvingen in het buitenland verricht, voor zover dat feitelijk mogelijk is.¹¹⁸ Ik neig ertoe om deze vraag in beginsel negatief te beantwoorden.¹¹⁹ Het zal niet eens altijd mogelijk zijn om een inschrijving in een of ander register te vinden. In Duitsland bijvoorbeeld kunnen in beginsel alleen huwelijkse voorwaarden worden ingeschreven in de Duitse woonplaats van een der echtgenoten, § 1558 BGB.¹²⁰ Wonen beide echtgenoten in het buitenland dan zal het afwijkende regime niet terug te vinden zijn.¹²¹

Daarnaast is de Duitse Gütergemeinschaft ook inschrijfbaar in het onroerendgoedregister op grond van art. 3:17 lid 1 sub a BW, aangezien dit feit van belang is voor de rechtstoestand van het goed. Dit was zelfs het voorbeeld dat de Minister gaf. Iedereen voor wie buitenlands huwelijksvermogensrecht geldt zonder dat dit is ingeschreven in het huwelijksgoederenregister ex art. 1:116 BW, die onroerende zaken in Nederland verwerft, is via art. 3:17 BW verplicht, melding te doen van zijn huwelijksvermogensrecht in het onroerendgoedregister, wil hij dit feit aan derden kunnen tegenwerpen.

Dit is het gevolg van het feit dat art. 3:17 BW zo ruim is geformuleerd en inschrijving toestaat, en door de werking van art. 3:24 BW ook feitelijk eist, van alle feiten die van belang zijn voor de rechtstoestand van een registergoed, ook al bestaat geen verplichting van een inschrijving elders. Zelfs als men aanneemt dat echtgenoten uit oudere huwelijken niet de mogelijkheid hebben om hun buitenlandse stelsel in het huwelijksvermogensregister in te schrijven, blijft voor hen de werking van art. 3:17 BW dezelfde.

Men kan zich afvragen, hoe deze inschrijving moet plaatsvinden. Is het voldoende dat in de transportakte wordt vermeld dat de verkrijger is gehuwd naar het recht van land 'X', of dient dit in een aparte notariële verklaring te

117 Omtrent de situatie binnen deze termijn zie analoog onderdeel 8.3.1 sub a), waar de inschrijfbaarheid van internrechtelijke bestuursovereenkomsten wordt besproken.

118 Complicaties die rijzen door de toepasselijkheid van eventuele toestemmingsvereisten zal ik op deze plaats buiten beschouwing laten. Deze problemen zullen worden behandeld in hoofdstuk 25 over de persoonlijke huwelijksgevolgen.

119 In de praktijk zal dit maar zelden zo scherp spelen omdat de meeste registergoederen die in Nederland worden vervreemd, tevens echtelijke woning zullen zijn waardoor toestemmingsvereisten een rol zullen spelen. Voor de IPR-aspecten hiervan zie hoofdstuk 25.

120 Zie hierover onderdeel 20.1.2.

121 Dit past dan ook wel enigszins in de opvatting van Strikwerda, WPNR 5607 (1987), p. 195, dat de buitenlandse kaderwet beslist onder welke voorwaarden de echtgenoten hun regime aan derden kunnen tegenwerpen.

geschieden die vervolgens wordt ingeschreven? De hoofdregel in deze moet mijns inziens zijn dat een enkele, min of meer toevallige, inschrijving, doordat het feit in een transportakte van een registergoed is opgenomen, in beginsel niet voldoende is om derden hun goede trouw te ontnemen. Op deze wijze zou men anders via een omweg derdenwerking kunnen bewerkstelligen van feiten die eigenlijk niet inschrijfbaar zijn in het onroerendgoedregister. Dit kan niet de bedoeling zijn.

Ik denk echter dat men i.c. wel kan volstaan met zo'n vermelding, omdat het een in wezen wel inschrijfbaar feit betreft in de zin van art. 3:17 lid 1 sub a BW. Men zou dit feit ook kunnen inschrijven door de inschrijving van een daartoe strekkende separate verklaring die bij de notaris wordt afgelegd. Als de notaris de genoemde passage daarentegen in de transportakte opneemt dan kunnen derden die zich van de rechtstoestand van het goed willen vergewissen, via deze weg kennis nemen van de goederenrechtelijke verhoudingen tussen de echtgenoten en kunnen zij zich er mijns inziens niet op beroepen dat de vermelding deel uitmaakt van de transportakte en niet apart is ingeschreven.¹²²

Concluderend valt op te merken dat echtparen met buitenlands huwelijksgoederenrecht die een in Nederland gelegen registergoed in eigendom hebben of willen verkrijgen, voor inschrijving van hun regime moeten zorgen, zij het in het huwelijksgoederenregister, zij het in het onroerendgoedregister. Dit is de enige manier om er zeker van te zijn dat het buitenlandse regime aan derden kan worden tegengeworpen, die niet langs andere weg daarvan op de hoogte zijn.

Persoonlijk pleit ik ervoor inschrijfbaarheid in het huwelijksgoederenregister aan te nemen. Daarvoor spreekt de reeds gevolgde praktijk dat griffies notarieel vastgelegde verklaringen van partijen omtrent hun huwelijksvermogensregime reeds inschrijfbaar achten. Daarnaast zou het ook ongerijmd zijn als men deze wenselijk geachte ontwikkeling aan een nog vrij grote groep van huwelijken zou onthouden. Een ander argument dat hiervoor spreekt is dat het huwelijksgoederenregister in beginsel het register is waar gegevens omtrent het huwelijksvermogensrecht thuishoren. Aangezien de regels van derdenbescherming goederenrechtelijk van aard zullen zijn, bijv. art. 3:17 j° 24 BW, is het begrijpelijk dat in eerste instantie wordt gedacht aan registratie in het onroerendgoedregister, maar op grond van art. 3:24 lid 2 wordt de registerbescherming van Boek 3 ook buitenspel gezet als een feit in bijvoorbeeld het huwelijksvermogensregister is ingeschreven.

Meer dogmatisch geredeneerd zou men, het beginsel van exclusieve werking van de WCHv volgend, moeten aannemen dat deze bepaling ook alleen voor echtparen geldt die na de inwerkingtreding van de wet zijn gehuwd. De

122 Als intussen het toepasselijke recht is gewijzigd, dan zijn zij altijd nog gewaarschuwd, en zal dit bij het navolgende onderzoek aan het licht komen. Nadere details omtrent de rechtsgevolgen van regimewijzigingen staande huwelijk worden uitgewerkt in hoofdstuk 21.

gevolgen van deze redenering lijken mij ongewenst en ik kan mij niet geheel aan de indruk onttrekken dat de wet op dit punt niet zo doordacht is als men zou wensen. Alleen al de precieze omvang van de inschrijfbaarheid en inschrijvingsplicht van een buitenlands regime is met grote onzekerheid omgeven.¹²³ Daarom aarzel ik om vanuit de dogmatische achtergrond al te vergaande conclusies te trekken.

17.4 Rechtskeuze bij huwelijken die zijn gesloten voor 1 september 1992

In de WCHv zijn tevens in twee bepalingen regels gegeven voor rechtskeuzes die zijn gedaan door echtparen die al voor de inwerkingtreding van het Verdrag 1978 zijn gehuwd onder het Chelouche-regime of onder het Verdrag 1905.¹²⁴ Men moet daarbij differentiëren tussen rechtskeuzes die voor of na 1 september 1992 zijn uitgebracht.

17.4.1 Rechtskeuzes voor 1 september 1992 uitgebracht, art. 13 WCHv

KEUZEOPTIES BEPERKT?

Indien de rechtskeuze voor de inwerkingtreding van het verdrag en de wet is uitgebracht, dan is deze niet alleen ongeldig 'op de enkele grond dat de wet een zodanige aanwijzing toen niet regelde', aldus art. 13 WCHv. Wat dit exact inhoudt is niet duidelijk. Deze bepaling kan betekenis hebben voor de rechtsstelsels waartussen gekozen kan worden. Volgens enkele auteurs en uitspraken van lagere rechters¹²⁵ kunnen de echtgenoten staande huwelijk alleen een rechtsstelsel kiezen waar zij een zekere band mee hebben. Zij zijn daarbij niet gebonden aan de keuzeopties die art. 6 Verdrag opent, zo leidt ik uit art. 13 WCHv af. De Werkgroep IPR van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak merkt op dat het praktisch nooit zal zijn voorgekomen dat echtgenoten staande huwelijk een recht hebben gekozen, dat niet onder een van de opties van art. 6 Verdrag viel, maar zij laat open of de beperkingen van art. 6 Verdrag 1978 ook gelden in het commune recht.¹²⁶

123 Men denke ook bijvoorbeeld aan de regelgeving en parlementaire stukken met betrekking tot art. 8 WCHv dat toepasselijkheid van art. 1:119 BW voor 'alle internationale gevallen' wil uitsluiten. Dat hierover nog niet het laatste woord is gezegd, lijkt wel duidelijk. Zie boekbespreking Joppe van het boek van Ten Wolde, WPNR 6162 (1994) en mijzelf in WPNR 6162 (1994).

124 Ex art. 13 WCHv is voor Verdrag 1905-echtgenoten rechtskeuze alleen mogelijk na de opzeggingsdatum van dat verdrag op 23 augustus 1977. Daarvoor waren wij gebonden aan het verbod van conflictenrechtelijke rechtskeuzes van art. 5 Verdrag 1905.

125 Rb. Den Haag 29 april 1987, NIPR 1987, 353; Rb. Den Haag, 22 juli 1988, NIPR 1988, 500; Rb. Arnhem 29 december 1989, NIPR 1990, 222; Rb. Assen, 20 februari 1990, NIPR 1990, 227; zie ook Ten Wolde, Hoofdlijnen, p. 29 e.v.; Joppe, losbl. titel 1.7 aant. 8; Strikwerda, Inleiding, nr. 143.

126 Trema 1995, p. 148.

GELDEN DWINGENDE VORMVOORSCHRIFTEN?

De vormvereisten voor deze keuze staan ook niet vast. De HR heeft zich daar in het Rhodesië-arrest¹²⁷ niet ondubbelzinnig over uitgelaten. In casu hadden echtgenoten zich gedurende lange tijd overeenkomstig hun verwachting omtrent het toepasselijke recht gedragen zonder dat zij deze verwachting als rechtskeuze schriftelijk hadden vastgelegd. De HR achtte dit te mager om een rechtskeuze aan te nemen.¹²⁸ Daarmee is nog niet in positieve zin omschreven, of en wanneer een rechtskeuze die niet aan de genoemde vereisten voldoet, geldig is. Mijns inziens stellen Joppe¹²⁹ en Ten Wolde zich,¹³⁰ anders dan Hensen,¹³¹ terecht op het standpunt dat vanuit een aspect van rechtszekerheid de minimum-vormeisen van het verdrag 1978 moeten worden aangehouden in het commune recht. Dit betekent dat het in ieder geval een gedagtekend schriftelijk stuk moet zijn, zoals ook de Werkgroep IPR van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak heeft aangegeven.¹³² Dit is strenger dan voorheen werd aangenomen, maar de kans dat echtgenoten in de praktijk zijn uitgegaan dat een louter mondelinge afspraak voldoende zou zijn, is mijns inziens erg klein.

Voor het overige stroken de vormvereisten van het Verdrag met die van art. 10 Wet AB, waar ook alternatief de *lex causae*, dus de bepalingen van het gekozen recht, of van de *lex loci actus* werden aangehouden.¹³³ De komst van de WCHv brengt hier weinig nieuws.

Als de wetgever of de Hoge Raad hiervan willen afwijken, dan moet dat mijns inziens duidelijk en gemotiveerd geschieden omdat daarmee een extra onzekerheidsfactor in het IPR-huwelijksvermogensrecht wordt geïntroduceerd. Voor derden is het gegeven dat echtgenoten een mondelinge rechtskeuze ter gelegenheid van de huwelijksluiting hebben uitgebracht, immers nauwelijks te controleren waardoor grote onzekerheid dreigt ten aanzien van het toepasselijke huwelijksvermogensregime.

TERUGWERKING VAN DEZE RECHTSKEUZES IN DE ZIN VAN ART. 6 LID 3 VERDRAG?

Niet geheel duidelijk is of art. 6 lid 3 kan gelden ten aanzien van de rechtskeuzes die zijn uitgebracht voor 1 september 1992. Joppe¹³⁴ en Ten Wolde¹³⁵

127 HR 19 maart 1993, NJ 1994 187 mnt. JCS.

128 Daarvoor had Rb. Alkmaar ook al in die zin geoordeeld op 10 augustus 1989, NJ 1990 348 mnt. JCS, ten aanzien van een beweerde mondelinge rechtskeuze bij de huwelijksvoltrekking. In gelijke zin Hof Amsterdam 8 april 1993, NIIPR 1993 405 (feitelijke instantie van het Hong Kong arrest) met een beroep op art. 13 Verdrag 1978.

129 Losbl. titel 1.7 aant. 92.

130 WPNR 6124 (1994) p. 119.

131 JBN 1993, nr. 51; FJR 1993, p. 148.

132 Zie ook het rapport, Trema 1995, p. 148.

133 Werkgroep IPR, Trema 1995, p. 148; zie ook Stille, WPNR 5607 (1982).

134 Losbl. titel 1.7, aant. 92.

135 Hoofdpijnen, p. 31 met een beroep op Rb. Den Haag 22 juli 1988, NIIPR 1988 nr. 500.

zijn van mening dat er geen sprake kan zijn van een rechtskeuze met terugwerkende kracht aangezien dit ten eerste niet past binnen het denkkader waarin destijds de rechtskeuze werd gedaan, en bovendien tot te veel onzekerheid aanleiding zou geven.

Ik vraag mij af of dit juist is indien men terugwerkende kracht in de zin opvat die art. 6 Verdrag 1978 in mijn ogen daaraan geeft, dat namelijk de rechtskeuze alle goederen betreft die de echtgenoten ten tijde van die keuze al in hun vermogen hebben.¹³⁶ Indien de keuze aanleiding geeft tot een overgang van een stelsel van scheiding van goederen naar bijvoorbeeld de Nederlandse wettelijke gemeenschap, zullen echtgenoten waarschijnlijk juist wel gedacht hebben dat al hun aanwezige vermogensbestanddelen in die gemeenschap terecht zouden komen. Dit rechtsgevolg is niet anders dan bij een internrechtelijke overgang van een stelsel van scheiding van goederen naar een stelsel van goederengemeenschap. Juist het creëren van een wagon-stelsel lijkt mij hier voorbij te gaan aan de verwachtingen van de echtgenoten (en hun notaris, waar Joppe fijntjes op wijst).¹³⁷

In dat geval zou men dus wel kunnen uitgaan van werking voor alle aanwezige goederen, tenzij echtgenoten de moeite hebben genomen om het oude stelsel eerst af te wikkelen. Slechts indien men de 'terugwerkende kracht' in de zin van De Boer opvat als 'het recht dat partijen staande huwelijk hebben aangewezen, hun huwelijksvermogensregime van begin af aan beheerst en derhalve alle tevoren geldende regimes verdringt', (vergelijkbaar met opvatting a) ten aanzien van de werking van art. 6 Verdrag, zie onderdeel 17.1.3) dan is terugwerkende kracht als gevolg van een rechtskeuze voor inwerkingtreding van het verdrag inderdaad niet aan te nemen. Indien wij daarentegen de 'eenheid van het huwelijksvermogen op een bepaald moment'¹³⁸ als duiding van de werking aannemen, overeenkomstig mijn uitleg van het Verdrag, dan is daar zeker bij de overgang van gemeenschap naar scheiding van vermogens weinig op tegen.¹³⁹ Bij deze overgang vraag ik mij af of de wil en verwachting van echtgenoten (en de hen adviserende notaris) hier anders is. Deze overgang is immers ook bekend in het interne Nederlandse recht. Daar nemen wij aan dat met de inwerkingtreding van het nieuwe regime op grond van huwelijksvoorwaarden de gemeenschap overgaat in een dode gemeenschap die afgewikkeld dient te worden volgens de bekende regels. Vanaf het moment van de wijziging vallen alle nieuwe activa en passiva in de privévermogens van de echtgenoten. Ik zou in gevallen waarin partijen zich hieromtrent niet hebben uitgelaten, van werking voor alle aanwezige vermogensbe-

136 Zie Rapport Von Overbeck, nr. 139. Dit onderwerp is voor verdragsgevallen uitgewerkt in onderdeel 21.1.2.

137 Losbl. titel 1.7, aant. 92.

138 Zoals De Boer een andere uitleg omschrijft, WPNR 6092 (1993), p. 350.

139 De Boer acht dit ook meer in overeenstemming met de beginselen van het interne Nederlandse recht. WPNR 6092 (1993), p. 350.

standdelen willen uitgaan.

Samenvattend kan derhalve gesteld worden dat in gevallen waarin staande huwelijk rechtskeuzes zijn gemaakt en afrekening van het oude stelsel niet heeft plaatsgevonden, deze rechtskeuzes geldig zijn indien zij aan de minimumvormvoorschriften van het Verdrag voldoen. Het beginsel dat echtgenoten door terugwerkende kracht van de bepalingen niet mogen worden overvallen, lijkt mij aan deze gang van zaken niet in de weg te staan. In deze gevallen moet mijns inziens voorts worden aangenomen dat echtgenoten niet een soort wagonstelsel hebben gewild.¹⁴⁰ Het lijkt mij juist om ervan uit te gaan dat de overgang zoveel mogelijk moet plaatsvinden in de zin zoals de ‘terugwerkende kracht’ ook bij toepassing van art. 6 Verdrag door mij wordt opgevat.¹⁴¹

17.4.2 Rechtskeuzes vanaf 1 september 1992 uitgebracht, art. 12 WCHv

Omtrent deze rechtskeuzes geeft art. 12 WCHv voor commune en Verdrag 1905-huwelijken meer houvast. Echtgenoten die niet onder het Verdrag 1978 zijn gehuwd en na 31 augustus 1992 een rechtskeuze willen maken, moeten zich houden aan de vereisten van het Verdrag 1978. Dit geldt zowel materieel, zodat art. 6 Verdrag de te kiezen rechtsstelsels aangeeft, als ook formeel, art. 12 en 13 Verdrag.¹⁴²

Wat is de werking van dergelijke rechtskeuzes? Gezien de eerdere keuzes die ik heb gemaakt omtrent de werking van art. 6 voor Verdrag 1978-echtparen en de uitwerking van deze kwestie ten aanzien van rechtskeuzes van voor 1 september 1992, ligt het voor de hand om ook voor de onderhavige rechtskeuzes aan te nemen dat het nieuwe recht werkt ten aanzien van alle goederen van de echtgenoten op het moment van de rechtskeuze. Nemen de echtgenoten de moeite om een eventueel noodzakelijke afwikkeling van het oudere regime ter hand te nemen, dan kan op deze wijze worden bewerkstelligd dat de gevolgen van het eerdere stelsel meegenomen kunnen worden bij het begin van het volgende stelsel.

Afwikkeling van het oude stelsel kan bijvoorbeeld van belang zijn indien het aan de rechtskeuze voorafgaande stelsel een verrekeningsverplichting van overgespaarde inkomsten bij de beëindiging van het stelsel kende. Zou de afwikkeling bij een overgang naar een stelsel met koude uitsluiting achterwege blijven, dan zou de verrekening van de overgespaarde inkomsten definitief achterwege blijven. Door de afwikkeling van het oude stelsel eerst te voltooi-

140 Terzijde zij opgemerkt dat het verdrag verbiedt dat echtgenoten een wagonstelsel creëren. Zie Joppe, titel 1.7, art. 6, aant. 35, met een beroep op Rapport Von Overbeck, nr. 72 slot, waar wordt vermeld dat deze optie uitdrukkelijk door de verdragsopstellers is verworpen.

141 Dit verdedigde ik ook al in mijn bijdrage aan de feestbundel voor Tilly Sumampouw, Rechtskeuze staande huwelijk en het Haagse huwelijksvermogensverdrag 1978, p. 83.

142 Zie Joppe, losbl., titel 1.7, aant. 60 e.v.

en ter gelegenheid van de overgang, vindt de verrekening van de vermogensaanwas van beide echtgenoten wel plaats over de periode dat het verrekeningsstelsel gold. Hierdoor wordt de beginsituatie voor het gekozen stelsel gecorrigeerd.

17.5 Reikwijdte van het Verdrag 1978 en afbakening van de andere betrokken rechtsgebieden

Overeenkomstig de onderverdeling van het interne huwelijksvermogensrecht in de titels 1.7 en 1.8 BW en de persoonlijke huwelijksgevolgen in titel 1.6, heeft de Nederlandse IPR-wetgever aparte regels gemaakt voor deze rechtsgebieden. Voor de kern van het huwelijksvermogensrecht die onderdelen omvat als bestuur, art. 1:90, 91 en 97 BW,¹⁴³ de vraag omtrent de geldigheid van (bedingen in) huwelijksvoorwaarden, koop- en schenkingsverboden tussen echtgenoten,¹⁴⁴ de vraag naar de omvang van de boedelmenging,¹⁴⁵ de beëindiging van de vermogensrechtelijke relatie tussen de echtgenoten en de daarbij nodige afwikkeling¹⁴⁶ waaronder ook de mogelijkheid om het hierop toepasselijke recht vast te stellen in een echtscheidingsconvenant en de vergoedingsrechten tussen de echtgenoten onderling, gelden de bepalingen van het Verdrag 1978 en de WCHv. Voor de persoonlijke huwelijksgevolgen, de materie die geregeld is in titel 1.6 BW en niet die behoort tot het huwelijksvermogensrecht, waaronder de materie geregeld in de art. 1:85, lid 1, 86, 88 en 89,¹⁴⁷ geeft de Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen (kort genoemd WCHb)¹⁴⁸ een regeling, die in de hoofdstukken 23 en 25 aan de orde zal komen.

Nadat men heeft vastgesteld dat voor een echtpaar een bepaald rechtstelsel op hun huwelijksvermogensregime van toepassing is, zal daaruit voortvloeien welke echtgenoot bevoegd is over een bepaald goed te beschikken. Op dit terrein heeft het huwelijksvermogensrecht voorrang.¹⁴⁹ De wijze waarop het beschikken moet plaatsvinden wordt vervolgens bepaald door het goederen-

143 Anders nog M.V. Polak, WPNR 5890 (1988), p. 579 met een beroep op oudere literatuur.

144 Zie HR 17 mei 1929, NJ 1929, p. 1279 (Clemens/Klein).

145 Zie Ten Wolde, EchtscheidingBulletin 1993 nr. 5, p. 10.

146 Zie Ten Wolde, Hoofdpijnen, p. 38-39, waar deze een niet-limitatieve opsomming geeft.

147 Aldus art. 4 Goedkeuringswet van het Verdrag 1978, Kamerstuk II, 21 272 (R 1378), nrs. 1-2. Zie over de kwalificatie de MvT bij de WCHv, nr. 3. Tot de huwelijksgevolgen behoort bijvoorbeeld ook de samenwoningsplicht, maar dit onderwerp valt zoals nog enkele andere uit titel 1.6 BW buiten het bestek van dit boek.

148 Wet van 16 september 1993, houdende regeling van het conflictenrecht inzake de persoonlijke rechtsbetrekkingen tussen de echtgenoten en de tussen hen bestaande vermogensrechtelijke betrekkingen die niet vallen onder het huwelijksvermogensregime, Stb. 1993 514, in werking getreden op 1 december 1993.

149 Strikwerda, Inleiding, nr. 158.

recht ter plaatse van ligging van het betreffende goed, de *lex rei sitae*,¹⁵⁰ art. 7 Wet AB¹⁵¹ voor onroerende zaken, analoog toepasselijk op roerende zaken.¹⁵²

Onderhoudsrechtelijke vragen worden beheerst door de voor Nederland geldende Haagse alimentatieverdragen van 1956 en 1973.¹⁵³ Het hierdoor aangewezen recht prevaleert in beginsel boven het door het huwelijksvermogensrecht aangewezen recht.¹⁵⁴ Dit is bijvoorbeeld van belang als een bepaalde verdeling van de boedel door de rechter wordt uitgesproken met achterliggende alimentatierechtelijke oogmerken. De kwesties uit titel 1.6 BW die van onderhoudsrechtelijke aard zijn, worden ook door de alimentatieverdragen geregeld. Het gaat daarbij om vragen inzake fourneer- en draagplicht voor de schulden die de echtgenoten aangaan.¹⁵⁵

Ook vragen inzake pensioenverevening op grond van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding,¹⁵⁶ pensioenverrekening op grond van het Boon/Van Loon-arrest¹⁵⁷ en erfrechtelijke onderwerpen zijn uitgesloten.¹⁵⁸ Voor het erfrecht gelden sinds 1 oktober 1996 de conflictregels van het Haagse erfrechtverdrag 1989 via de WC Erfopvolging.¹⁵⁹ Handelings(on)bekwaamheid van personen die wordt veroorzaakt door het huwelijk valt eveneens buiten de door het Verdrag 1978 bestreken materie, zie art. 1 Verdrag.¹⁶⁰

17.6 Conflicten tussen het huwelijksvermogensrecht en het goederenrecht, Näherberechtigung

In beginsel gaat men ervan uit dat het huwelijksvermogensrecht bepaalt wie beschikkings- of bestuursbevoegd is ten aanzien van goederen die aan de

150 Ten Wolde, Hoofdpijnen, p. 39.

151 Wet van 15 mei 1829, Stb. 28, houdende algemene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk, zoals deze wet laatstelijk is gewijzigd bij de Wet van 28 december 1989, Stb. 616 j° 6 december 1991, Stb. 606.

152 Strikwerda, Inleiding, nr. 157 e.v. Zakelijke rechten op teboekgestelde schepen en vliegtuigen laat ik buiten beschouwing, aangezien voor deze soorten goederen speciale regels gelden, die mijn onderzoek te buiten gaan.

153 Het Verdrag van 24 oktober 1956 voor kinderalimentatie geldt alleen nog in de relatie van Nederland met lidstaten die het algemene Alimentatieverdrag van 2 oktober 1973 niet hebben geratificeerd. Dat zijn België, Liechtenstein en Oostenrijk, af te leiden uit NIPR 1995, nrs. 21 en 44.

154 MvT bij WCHv, p. 7 met een beroep op het Rapport Von Overbeck, nr. 115.

155 MvT bij de WCHb, Kamerstukken II, 21 238, nr. 3, p. 4.

156 Wet van 28 april 1994, Stb. 342, tot vaststelling van regels met betrekking tot de verevening van pensioenrechten bij echtscheiding of scheiding van tafel en bed.

157 27 november 1981, NJ 1982 503 mnt. EAAL en WHH.

158 Ten Wolde, Hoofdpijnen, p. 1 met verdere verwijzingen. Zie ook Van Maas de Bie, Echtscheiding Bulletin april 1994, p. 8-9 en mei 1994, p. 6-9.

159 Haags verdrag inzake het recht dat van toepassing is op erfopvolging, 's-Gravenhage 1 augustus 1989, Trb. 1994 49, 168 (Nederlandse vertaling). Met WC Erfopvolging wordt bedoeld de Wet houdende regeling van het conflictenrecht inzake de erfopvolging alsmede de vereffening en de verdeling van de nalatenschap, Stb. 1996, 457.

160 Rapport Von Overbeck, nr. 117.

echtgenoten toebehoren. Dit regime kunnen echtgenoten aan derden tegenwerpen, tenzij derden te goeder trouw zijn en beschermd worden door de algemene derdenbeschermingsbepaling van de *lex rei sitae*. Men kan daarbij denken aan de art. 1:92, 3:86 en 3:88 BW. Deze regels zijn steeds van toepassing als het goederen betreft die in Nederland gelegen zijn, ongeacht het tussen de echtgenoten geldende regime.¹⁶¹ Voor in het buitenland gelegen goederen neemt het Nederlandse IPR de gelding aan van de daar geldende goederenrechtelijke bepalingen.

Indien een echtpaar is gehuwd met toepassing van Nederlands huwelijksvermogensrecht (en geen aparte rechtskeuze is uitgebracht voor de *lex rei sitae* voor hun onroerende zaken), kan een samenloopprobleem ontstaan tussen het huwelijksvermogensrecht en het goederenrecht, indien zij onroerend goed in een vreemd land verwerven dat het splitsingsstelsel kent. Dat houdt in dat, anders dan in het Nederlandse IPR,¹⁶² het door de huwelijksvermogensrechtelijke conflictregel aangewezen recht niet de onroerende zaken omvat. Een land met een splitsingsstelsel zal voor dit onroerende vermogensbestanddeel de *lex rei sitae* toepassen en zich van het volgens ons toepasselijke huwelijksvermogensrecht niets aantrekken. Dat kan tot gevolg hebben dat naar dat toepasselijke huwelijksvermogensrecht een andere eigendomsverhouding bestaat, bijvoorbeeld mede-eigendom terwijl de *lex rei sitae* een echtgenoot als exclusief eigenaar erkent,¹⁶³ of dat de beschikkingsbevoegdheidsregels anders zijn volgens het huwelijksvermogensrecht dan volgens de *lex rei sitae*, bijvoorbeeld doordat het huwelijksvermogensrecht aan de ene echtgenoot exclusieve bestuursbevoegdheid toekent terwijl beide echtgenoten mede-eigenaar zijn.¹⁶⁴ In de praktijk prevaleert in zo'n geval in de meeste gevallen de *lex rei sitae*. Dat betekent bijvoorbeeld dat (afgezien van andere belemmeringen) degene die in de registers staat vermeld als eigenaar van een onroerende zaak, daarover zal kunnen beschikken.¹⁶⁵ Dit kan leiden tot benadeling van de echtgenoot die volgens het Nederlandse huwelijksvermogensrecht bevoegd en/of (mede)eigenaar was. De WCHv lost dit in art. 6 met een verrekenregel op in dier voege dat aan de benadeelde echtgenoot het recht

161 MvT II bij WCHv, p. 20-21.

162 In Nederland geldt het eenheidsstelsel, zie HR 17 mei 1929, NJ 1929 1279 (Clemens/Klein), met een beroep op de rechtsgeschiedenis. Zie daarvoor Asser, Schets 1880, p. 79; Strikwerda, Inleiding, nr. 140.

163 In het Engelse recht wordt bij de afwikkeling na het overlijden van de ene echtgenoot in dit soort gevallen toch niet aangenomen dat de echtgenoot-langstlevende zondermeer over de goederen mag beschikken, zie Cheshire & North, p. 871 e.v. Zie over de ratio van de domicilie-aanknopning in dit kader Ebenroth/Eyles, IPRax 1989, p. 4.

164 Dit is bijvoorbeeld mogelijk in Duitsland waar echtgenoten dit in de huwelijkse voorwaarden kunnen bepalen indien zij huwen in gemeenschap van goederen, § 1421 BGB. Zie hierover onderdeel 6.3.

165 Zie MvA II bij Goedkeuringswet en WCHv, p. 5. In deze kwestie worden de begrippen 'onroerende zaak' en 'registergoed' als synoniemen gebruikt omdat elk land zijn eigen systeem hiervoor heeft en het probleem zich bij beide categorieën, zoals wij hen naar Nederlands recht zien, kan voordoen.

wordt gegeven om van de andere echtgenoot vergoeding van het voordeel te vorderen, dat deze geniet ten gevolge van dit effect.¹⁶⁶ Art. 6 WCHv stelt het tijdstip van de opeisbaarheid op de afrekening bij beëindiging of wijziging van het huwelijksvermogensregime.

Het is mijns inziens ten onrechte dat de MvT zo gefixeerd is op onroerende zaken.¹⁶⁷ De inhoud van art. 6 WCHv spreekt, mijns inziens terecht, van een goed zonder onderscheid te maken tussen register- en andere goederen. Hetgeen de MvT opmerkt over de toepassing van de *lex rei sitae* bij onroerend goed is juist, omdat de autoriteit die betrokken is bij de overdracht ervan, deze volgens haar eigen recht zal laten plaatsvinden. Dit probleem speelt ook bij andere goederen waar zulk een medewerking niet is vereist. De vraag van vergoedingsrechten zal ook dan actueel worden zodra een echtgenoot een roerende zaak of een ander niet-registergoed, anders gezegd, een goed waarbij voor de overdracht *niet* de medewerking van een autoriteit is vereist, overdraagt aan een derde die daarvan de eigendom verkrijgt. Ook in deze gevallen kan de andere echtgenoot die benadeeld is, vanuit het huwelijksvermogensrecht bezien, aanspraak maken op een waardevergoeding op grond van art. 6 WCHv.

In de IPR-Schets¹⁶⁸ was art. 32, dat art. 6 WCHv heeft vervangen, veel ruimer geformuleerd.¹⁶⁹ Het accent lag in die bepaling terecht minder op de plaats van ligging van een goed. Het gaat er tenslotte om dat dit effect is veroorzaakt door de toepasselijkheid van een ander recht dan het recht dat door het Verdrag is aangewezen. De grond voor de toepassing van dat vreemde recht is dan minder van belang.

Aangezien aanknopingsovermacht met het correctiemiddel van de retorsie, de vergoeding wegens *Näherberechtigung*, alleen tussen de echtgenoten werkt en derden daar geen direct beroep op kunnen doen, laat ik dit leerstuk in het vervolg buiten beschouwing. Het is slechts in zoverre belangrijk dat het bij de verdeling van een gemeenschap optredende ongelijkheden kan corrigeren. In deze indirecte zin komt retorsie ook aan de schuldeisers van de echtgenoot ten goede die door de *Näherberechtigung* benadeeld dreigen te worden.

166 De Boer en Kotting, WPNR 5911 (1989), wijzen erop dat het altijd een IPR-lapmiddel is dat alleen werkt als er genoeg vermogen in Nederland voorhanden is ter compensatie van het in het buitenland geleden nadeel.

167 De MvA spreekt in dit kader heel algemeen van 'goederen', zie MvA II, p. 5.

168 De tekst is o.a. gepubliceerd in WPNR 6103 (1993) en NIPR 1992, p. 451-476.

169 Zie ook Kokkini-Iatridou/Boele-Woelki, NIPR 1992, p. 488.

Het huwelijksvermogensrecht in het Duitse IPR

Het materiële IPR van het Duitse recht is grotendeels gecodificeerd in het EGBGB. Het Duitse IPR-familierecht gaat er in beginsel van uit dat het wenselijk is dat de meeste onderwerpen waar een gezin mee te maken krijgt, worden beheerst door hetzelfde recht.¹ De Duitse wetgever heeft het recht dat de algemene huwelijksgevolgen beheerst, als uitgangspunt genomen voor wat hij noemt de 'Grundsatz der Familieneinheit'. Op sommige andere rechtsgebieden wordt dat recht gewoon overgenomen, bijvoorbeeld voor de echtscheiding, art. 17 EGBGB. Voor het huwelijksvermogensrecht knoopt hij aan bij het recht van de algemene huwelijksgevolgen ten tijde van de huwelijkssluiting, en laat hij latere veranderingen buiten beschouwing, art. 15 EGBGB. Slechts voor enkele onderwerpen wijkt hij van dit uitgangspunt af, hetgeen met name is ingegeven doordat voor die onderwerpen verdragenrecht geldt, bijvoorbeeld voor alimentatie, art. 18 EGBGB, en het kindbeschermingsrecht op grond van het Haagse kindbeschermingsverdrag 1961.²

18.1 Haags huwelijksgevolgenverdrag 1905 is voor Duitsland buiten werking gesteld

Van 23 augustus 1912 tot aan de opzegging per 23 augustus 1987³ was Duitsland formeel partij bij het Haagse huwelijksgevolgenverdrag 1905, maar feitelijk was deze regeling voor het huwelijksvermogensrecht al eerder buiten werking gesteld door een arrest van het BGH van 1986.⁴ Dit arrest bouwde voort op een beslissing uit 1972, waarin het Bundesverfassungsgericht oor-

1 BT-Drucksache 10/504, p. 32; verder uitgewerkt door Von Bar, IPR II, Randnr. 184 e.v.; Lichtenberger, DNotZ 1986, p. 655, 661; Dörner, StAZ 1990, p. 4; Siehr, NILR 1984, p. 96.

2 Von Bar, IPR II, Randnr. 185 slot.

3 NIPR 1990 nr. 48; zie Staudinger 1972-Gamillscheg, Anhang nach Art. 16 Rn 1-5, voor de gevolgen van de twee wereldoorlogen voor de toepasselijkheid van het Verdrag 1905 tussen Duitsland en de andere verdragspartijen; Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 14 EGBGB Rn 6a-6b.

4 BGH 17 september 1986, NJW 1987, p. 583, eveneens gepubliceerd in o.a. IPRax 1987, p. 115, en DNotZ 1987, p. 292-302, met bespreking door Lichtenberger.

deelde dat de conflictregels van het Duitse IPR aan de Grondwet (Grundgesetz) moeten voldoen.⁵ In 1983 heeft het Bundesverfassungsgericht geoordeeld dat de oude conflictregel voor het huwelijksvermogensrecht in art. 15 lid 1 EGBGB (oud) die aanknoopte aan de nationale wet van de man voor de niet door het Verdrag 1905 gedekte gevallen, in strijd is met het gelijkheidsbeginsel van art. 3 lid 2 GG.⁶

Aangezien het Verdrag van 1905 regels geeft die reeds golden voor de inwerkingtreding van het Grundgesetz hoefde het Bundesverfassungsgericht niet te worden geadieerd voor de toetsing van dit verdrag aan het Grundgesetz zoals dit in art. 100 GG is voorzien. Het BGH kon daarom op de voet van het genoemde arrest van 1983 zelfstandig tot de nietigverklaring van art. 2 Verdrag 1905 komen.⁷

Blijkbaar heeft de opvatting dat de volkenrechtelijke binding aan een verdrag voorgaat boven het Duitse Grundgesetz, het onderspit moeten delven.⁸ Dat dit de internationale Entscheidungsharmonie zal schaden wordt niet als belangrijk argument gezien.⁹ Geheel irrelevant is het Verdrag daarmee overigens niet. Men neemt aan dat tot aan de opzeggingsdatum het verbod van conflictenrechtelijke rechtskeuzes in art. 5 lid 2 Verdrag 1905 de rechtskeuzemogelijkheden in het nieuwe IPR geblokkeerd heeft.¹⁰

5 BVerfG 4 mei 1971, RabelsZ 36 (1972), p. 145 (Spanierentscheidung).

6 22 februari 1983, IPRax 1983, 562; FamRZ 1983, p. 562; NJW 1983, p. 1968. De regeling is nietig met ingang van 1 april 1953 op grond van art. 117 GG. Zie ook MünchKomm (Siehr), Randnr. 6 bij art. 15 EGBGB; Reithmann/Martiny (Hausmann), Randnr. 1063; Von Bar/Ipsen, NJW 1985, p. 2849-2856; Heldrich, IPRax 1984, p. 143-146; Henrich, IPRax 1983, 208-210; Lichtenberger, DNotZ 1983, p. 394 e.v.; Von Bar, RabelsZ 57 (1993), p. 78 met verdere verwijzingen.

7 BGH 17 september 1986, IPRax 1987, p. 114 e.v., in het bijzonder p. 115; NJW 1987, p. 583. Zie over dit arrest Rauscher, NJW 1987, p. 531 e.v.; Henrich, IPRax 1987, p. 93. Voor de toepassing van het Verdrag in Duitsland zie ook Kegel, IPR, p. 537.

8 Staudinger-Gamillscheg, Anhang zu art. 16 EGBGB, Rn 22 met verdere verwijzingen; Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 14 EGBGB Rn 6a. Zie ook de in het arrest van het BayObLG, d.d. 16 januari 1986, IPRax 1986, p. 380, genoemde auteurs en rechterlijke colleges die uitgaan van een voortlopende gebondenheid aan het verdrag voor de opzegging, en de bespreking van dit arrest door Jayme, IPRax 1986, p. 361-362. Zie ook verdere verwijzingen bij Klinke, IPRax 1983, p. 134, die in een bespreking van het Haagse Italianen-arrest, HR 27 maart 1981, NJ 1981 335, de verschillen in opvattingen tussen Nederlandse en Duitse rechters opmerkt.

9 BGH 3 juni 1987, FamRZ 1988, p. 40, voor een in 1964 gesloten huwelijk tussen een Nederlander en een Duitse, beiden woonachtig in Duitsland.

10 Zie Lichtenberger, DNotZ 1986, p. 669-670. Zie het eerder genoemde arrest van het BayObLG, 16 januari 1986, IPRax 1986, p. 379, voor een geval waarvoor het verdrag geen regeling geeft. Voor die gevallen nam de meerderheid van de Duitse rechtspraak en literatuur aan dat het verdrag niet gold. De rechter was van oordeel dat in dat geval rechtskeuze mogelijk is. Omdat de bespreking van de discussie omtrent het overgangsrecht met betrekking tot de toepassing van het Verdrag en de oude conflictregel van art. 15 EGBGB (oud) te ver zou voeren, ga ik daar niet nader op in. Zie voor details omtrent deze kwesties en het overgangsrecht o.a. Von Bar, NJW 1983, p. 1929 e.v.; Lichtenberger, DNotZ 1983, p. 394 e.v.; Henrich, IPRax 1983, p. 208 e.v., RabelsZ 36 (1972), p. 2 e.v., en IPRax 1987, p. 93 e.v.; Rauscher, NJW 1987, p. 531 e.v.

18.2 Andere verdragsregels op het terrein van het huwelijksvermogensrecht van kracht?

Duitsland is geen partij bij het Haagse huwelijksvermogensverdrag 1978, noch heeft het dit verdrag ondertekend.¹¹ Duitsland is nog wel partij bij het Niederlassungsabkommen zwischen dem Deutschen Reich und dem Kaiserreich Persien van 17 februari 1929. Volgens art. 8 van dit verdrag blijft het nationale recht van de onderdanen van de ene staat hun huwelijksgoederenregime beheersen, ook als zij wonen op het grondgebied van de andere staat. Bij twee Iraanse echtgenoten die in Duitsland wonen, geldt derhalve altijd het Iraanse recht. Ongeacht de overige mogelijkheden van het Duitse IPR is voor de echtparen die onder het Verdrag 1929 zijn gehuwd geen huwelijksvermogensrechtelijke rechtskeuze mogelijk. Het verdrag knoopt veranderlijk aan en is alleen van toepassing op uni-nationale huwelijken.¹²

18.3 Commuun IPR-huwelijksvermogensrecht

De regels voor het IPR-huwelijksvermogensrecht zijn te vinden in de art. 14-16 EGBGB waarbij als hoofdregel geldt dat - behoudens een aparte rechtskeuze voor het huwelijksvermogensrecht - het recht dat toepasselijk is op de persoonlijke huwelijksgevolgen ten tijde van de huwelijksluiting, ook het huwelijksvermogensrecht bepaalt. Derhalve zal in het vervolg eerst de conflictregel voor de huwelijksgevolgen worden besproken voordat de bijzonderheden voor het huwelijksgoederenrecht aan bod komen. Dit loopt enigszins vooruit op de behandeling van de huwelijksgevolgen in het algemeen in de hoofdstukken 24 en 26, maar het Duitse systeem maakt deze werkwijze noodzakelijk. Ik zal hier alle vragen die te maken hebben met de veranderlijkheid van het huwelijksgevolgenstatuut buiten beschouwing laten, omdat deze niet relevant zijn voor het toepasselijke huwelijksvermogensrecht. De veranderlijkheid van het huwelijksgoederenregime in het Duitse IPR is immers beperkt tot gevallen van rechtskeuze door de echtgenoten staande huwelijk, die geregeld is in art. 15 EGBGB.

Het huwelijksgevolgenrecht kent een rechtskeuzemogelijkheid waarbij de wet de keuzemogelijkheden limitatief aangeeft. Bij gebreke aan een rechtskeuze geldt een aanknopingsladder. In het onderstaande zal ik eerst de objectieve aanknopingsregels behandelen. In onderdeel 18.3.2 komen de rechtskeuzemogelijkheden ex art. 14 en 15 EGBGB aan de orde.

¹¹ MünchKomm (Siehr), Randnr. 3 bij art. 15 EGBGB.

¹² BGH 18 oktober 1989, NJW 1990, p. 636; Henrich, IPR Familienrecht, p. 72; Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 14 EGBGB Rn 5-5a; Rausch, NJW 1994, p. 2127; Schotten en Wittkowski, FamRZ 1995, p. 266-267.

18.3.1 Objectieve conflictregels

Voordat ik toekom aan de concrete objectieve conflictregels eerst een enkel woord over de aanknoping die het Duitse IPR hanteert. Anders dan in het Nederlandse IPR gaat het Duitse IPR uit van renvoi.

DUITS IPR KNOOPT AAN DOOR MIDDEL VAN ZOGENAAMDE ‘GESAMTVERWEISUNG’, ART. 4 EGBGB

Het Duitse IPR gaat bij de toepassing van het conflictenrecht uit van het beginsel van de ‘Gesamtverweisung’.¹³ Als bijvoorbeeld wordt aangeknoopt aan de gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit van een echtpaar ex art. 14 j° 15 EGBGB (deze bepalingen komen hieronder nog aan bod), dan houdt dit in de Duitse visie in dat niet slechts naar het Nederlandse interne huwelijksvermogensrecht wordt verwezen, maar naar het gehele huwelijksvermogensrecht, inclusief het IPR. In dit geval moet verwijzing naar Nederlands recht leiden tot hetzelfde inhoudelijke resultaat als de Nederlandse rechter in casu zou bereiken. Dat kan bijvoorbeeld inhouden dat moet worden gekeken naar het antwoord dat het Haagse huwelijksvermogensverdrag 1978 geeft, mits het echtpaar daar naar Nederlands IPR onder valt. Als toepassing van de buitenlandse IPR-regel leidt tot herverwijzing naar het Duitse recht, dan wordt deze ex art. 4 EGBGB in beginsel aangenomen, ongeacht of het vreemde recht zelf naar ‘Sachnormen’ verwijst of eigenlijk ook het stelsel van ‘Gesamtverweisung’ hanteert.¹⁴

Uitzonderingen op het renvoi-beginsel zijn te vinden in art. 3 lid 1 EGBGB: als verwezen wordt naar ‘Sachnormen’, dan wordt deze opgevat als een verwijzing naar het desbetreffende interne recht. Dit is bijvoorbeeld het geval bij rechtskeuzes. Deze worden geacht betrekking te hebben op het interne recht van de gekozen rechtsorde.¹⁵ Ook bij zogenaamde ‘sinnwidrige Verweisungen’ wordt ex art. 4 lid 1 EGBGB een uitzondering gemaakt.¹⁶ Een voorbeeld hiervan uit de rechtspraak is de verwijzing naar Italiaans huwelijksvermogensrecht. Zou men deze als ‘Gesamtverweisung’ opvatten dan zou dit leiden tot toepassing van art. 2 van het Haagse huwelijksgevolgenverdrag 1905. Dit artikel werd in Duitsland, zoals gezegd, buiten werking gesteld wegens strijd met gelijke rechten van man en vrouw, art. 6 GG. Bij toepassing van de theorie van de ‘Gesamtverweisung’ zou dit

13 Zie Mäsch, *RabelsZ* 61 (1997), p. 287-312, voor een kritische beschouwing over de toepassing van renvoi in het Duitse IPR.

14 Lichtenberger, *DNotZ* 1986, p. 648-649; Wengler, *RabelsZ* 53 (1989), p. 426-427; Rausch, *NJW* 1994, p. 21-22; Schotten, *Notarielle Praxis*, Randnr. 18.

15 Basedow, *NJW* 1986, p. 2974; Kartzke, *IPRax* 1988, p. 8, 10-11, met verdere nuanceringen; Schotten, *Notarielle Praxis*, Randnr. 22; Staudinger-Hausmann, Art. 4 EGBGB Rn 103. In het voorstel voor het IPR-goederenrecht wordt renvoi ook uitgesloten, art. 45 lid 2 (ontwerp) j° 35 EGBGB; Ebenroth/Eyles, *IPRax* 1989, p. 8.

16 Kropholler, *IPR*, p. 153 e.v.

gewraakte artikel bijvoorbeeld door de Duitse rechter moeten worden toegepast bij een huwelijk tussen een Italiaanse man en een Duitse vrouw. Dit is in strijd met het Grundgesetz en levert derhalve een ‘sinnwidrige Verweisung’ in de zin van art. 4 lid 1 EGBGB op.¹⁷ Andere voorbeelden, die Kropholler noemt, zijn gevallen waarin met de conflictregel een bepaald resultaat moet worden bereikt, maar renvoi dit verhindert. Het betreft daarbij voorbeelden van toepassing van het begunstigingsbeginsel, waar toepassing van renvoi niet tot toepasselijkheid van verschillende rechtsordes leidt, en gevallen van accessoire aanknoping, waar het gevolg van toepassing van renvoi is dat de nagestreefde behandeling door dezelfde rechtsorde voor verschillende onderwerpen met onderlinge samenhang wordt geblokkeerd.¹⁸

Nu kom ik tot de bespreking van de concrete aanknopingsregels uit het Duitse IPR. Als hoofdregel staat voorop:

A. AANKNOPING AAN DE GEMEENSCHAPPELIJKE NATIONALITEIT

Wanneer echtgenoten geen rechtskeuze hebben gemaakt gaat het Duitse IPR-huwelijksvermogensrecht uit van de aanknoping aan de gemeenschappelijke nationale wet van de echtgenoten ten tijde van de huwelijkssluiting, art. 14 j^o 15 EGBGB.¹⁹ Latere veranderingen van nationaliteit, om welke reden dan ook, hebben geen invloed op het huwelijksvermogensrecht.²⁰ Hierdoor kan een discrepantie optreden tussen het huwelijksvermogensrecht en de andere familierechtelijke kwesties die door het veranderlijke huwelijksgevolgenrecht worden beheerst.

AANKNOPING AAN DE NATIONALITEIT BIJ BIPATRIDE ECHTGENOTEN

Art. 5 lid 1, 1e zin EGBGB geeft als hoofdregel voor het Duitse IPR dat bij bipatriden voor de nationaliteitsaanknoping aan de effectieve nationaliteit moet worden aangeknoopt.²¹ In het huwelijksvermogensrecht heeft dit als bijkomend positief gevolg, dat een verplicht krachtens huwelijk verkregen buitenlandse nationaliteit, waarmee de echtgenote (meestal gaat het, zo zich dit fenomeen nog voordoet, om de gehuwde vrouw) geen binding heeft, voor de bepaling van het toepasselijke huwelijksvermogensrecht buiten beschou-

17 BGH 8 april 1987, FamRZ 1987, p. 681; kritisch Kartzke, IPRax 1988, p. 11-12; Siehr, FS Ferid 1988, p. 446, noot 41; Staudinger-Hausmann, Art. 4 EGBGB Rn 101; Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 14 EGBGB Rn 92-93 met verdere verwijzingen.

18 Zie ook Staudinger-Hausmann, Art. 3 EGBGB Rn 93.

19 Kühne, IPRax 1987, p. 73. De verkrijging van een nationaliteit ter gelegenheid van de huwelijksluiting wordt meegerekend. Johannsen/Henrich/Henrich, Eherecht, Art. 15 EGBGB Rdnr. 5. Hiertegen Heldrich, die erop wijst dat dit in de regel discriminatoir voor vrouwen is, FamRZ 1983, p. 1084, herhaald in IPRax 1984, p. 144-145.

20 Zie Jayme, IPRax 1987, p. 95, ten aanzien van een verkrijging van de nationaliteit van de echtgenoot door de vrouw na de huwelijkssluiting.

21 Het begrip ‘effectieve nationaliteit’ heeft in het Duitse IPR dezelfde betekenis als in Nederland, zie Dörner, StAZ 1990, p. 3; Heldrich, IPRax 1984, p. 145 met verwijzingen naar rechtspraak.

wing blijft.²²

Alleen voor Duitse onderdanen maakt art. 5 lid 1, 2e zin EGBGB een uitzondering: is een van de nationaliteiten van een bipatride echtgenoot de Duitse nationaliteit, dan gaat deze nationaliteit voor, ongeacht de uitkomst van de effectiviteitstoets. Deze regel die leidt tot een voorrang van de Duitse nationaliteit, is door een deel van de literatuur bestreden. Oorspronkelijk schijnt de ratio van deze regel geweest te zijn, dat alle Duitsers in Duitsland gelijke behandeling verdienen, waarbij een andere nationaliteit niet van invloed mocht zijn. Dit had mede te maken met de gedachte van volledige soevereiniteit van de Duitse Bondsrepubliek over alle Duitse onderdanen. De critici wijzen op de ongewenste bevoordeling van het Duitse boven het buitenlandse recht.²³ Een argument van de voorstanders is de rechtszekerheid en de vereenvoudiging van het werk van rechters omdat vaker Duits recht kan worden toegepast.²⁴

KORTE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKING

Hoe is deze regeling van art. 5 lid 1 EGBGB te beoordelen? Het argument van rechtszekerheid op zich is in het Nederlandse huwelijksgoederenrecht een goede bekende. In het commune recht wordt immers de realiteits- en effectiviteitstoets afgewezen, waarbij wij geen onderscheid maken tussen een gemeenschappelijke Nederlandse of buitenlandse nationaliteit. Een groot bezwaar tegen de Duitse regel ligt in de ongelijke behandeling van eigen onderdanen en anderen.

Aanknoping aan een rechtsstelsel dat aan echtgenoten gemeenschappelijk is, maar niet hun beider effectieve nationaliteit vormt, lijkt mij minder bezwaarlijk. Door toepassing van de Chelouche-regel kan immers ook worden aangeknoopt aan een rechtsstelsel dat voor beide echtgenoten niet hun effectieve nationaliteit vormt. De rechtvaardiging voor het buiten toepassing laten van de effectiviteitstoets ligt zuiver op het gebied van de rechtszekerheid omdat na verloop van jaren niet meer zou zijn vast te stellen welke nationaliteit ten tijde van de huwelijkssluiting effectief was.

In de Duitse rechtspraktijk wordt de werking van art. 5 lid 1, 2e zin EGBGB aangenomen, tenzij de wet duidelijk uitsprekt, dat dit niet de be-

22 BayObLG 3 april 1979, FamRZ 1979, p. 586, en OLG Hamm, 11 juli 1987, FamRZ 1990, p. 55, zijn voorbeelden van toetsing van de verkregen nationaliteit. In Nederland wordt door de Hoge Raad elke nationaliteit in aanmerking genomen voor de toepassing van de Chelouche-regel, 6 december 1991, NJ 1992 669 mnt. JCS (Sinterklaas-arrest). Art. 15 Verdrag 1978 wijkt daarvan af. Zie onderdeel 17.2.

23 Scholz/Pitschas, p. 2722 e.v.; MünchKomm (Siehr), Randnr. 22 bij art. 14 EGBGB; Kropholler, IPR, p. 311; Stoll, IPRax 1984, p. 3; Max-Planck-Institut, RabelsZ 47 (1983), p. 610; Mansel, NJW 1986, p. 632; Martiny, JZ 1993, p. 1146 e.v.; Wengler, RabelsZ 53 (1989), p. 426; Jayme, IPRax 1990, p. 103; Neuhaus, FamRZ 1981, p. 743.

24 Lichtenberger, DNotZ 1986, p. 650; Otto, Lausanner Kolloquium, p. 95, waar hij dit antwoordt op een vraag van Schultsz of de regeling van art. 5 EGBGB een omstreden punt is geweest; Firsching/von Hoffmann, § 1, Randnr. 151.

doeling is. Ondanks mijn persoonlijke mening, dat art. 5 lid 1, 2e zin vanwege zijn discriminerende karakter beperkte toepassing verdient, houd ik mij aan de Duitse praktijk en zal ik de werking ervan aannemen tenzij de wet deze duidelijk uitsluit.

B. AANKNOPING AAN HET RECHT VAN HET GEMEENSCHAPPELIJKE WOONLAND
Als echtgenoten geen gemeenschappelijke nationaliteit in de genoemde zin hebben en nooit hebben gehad, en zij geen gebruik hebben gemaakt van de rechtskeuzemogelijkheden in het huwelijksgevolgenrecht,²⁵ dan worden hun persoonlijke huwelijksgevolgen en daarmee ook het huwelijksvermogensrecht beheerst door het recht van hun gemeenschappelijk woonland,²⁶ waarbij niet is vereist dat zij daar ook samenwonen, art. 14 lid 1 sub 2 EGBGB. Woonplaats hebben in hetzelfde land is voldoende.²⁷ Evenals in het Nederlandse IPR wordt naast de tijd van het verblijf (in de regel minstens zes maanden)²⁸, ook de intentie omtrent het toekomstig verblijven meegenomen bij de beoordeling of een 'gewöhnlicher Aufenthalt' ergens is gevestigd.²⁹

C. AANKNOPING AAN HET RECHT VAN DE NAUWSTE VERBONDENHEID

Indien echtgenoten geen rechtskeuze hebben uitgebracht, geen gemeenschappelijk nationaal recht hebben, en ook geen gemeenschappelijk woonland hebben in de bovengenoemde zin, dan moet het recht van de nauwste verbondenheid worden vastgesteld ter bepaling van het recht dat op hun huwelijksgevolgen toepasselijk is, art. 14 lid 1 sub 3 EGBGB.

De wetstekst zelf geeft hiervoor geen aanwijzingen, maar in de toelichtende stukken³⁰ wordt een aantal factoren genoemd. Het gaat daarbij om gemeenschappelijke binding van de echtgenoten met een bepaald land door herkomst, taal, cultuur, laatste gemeenschappelijke woonplaats in een land of gemeenschappelijk verblijf. Deels vallen zij samen met indicatoren die door de schrijvers worden genoemd.³¹

25 Zie voor de zuiver huwelijksvermogensrechtelijke rechtskeuze het volgende onderwerp.

26 Deze term zal in het vervolg korthedshalve worden gebruikt ter vertaling van 'gewöhnlicher Aufenthalt', wat 'gewone verblijfplaats' betekent. Zie Henrich, IPR Familienrecht, p. 32-33, die het verschil tussen 'Wohnsitz' en 'gewöhnlicher Aufenthalt' uitwerkt; Stoll, IPRax 1984, p. 3-4; Johannsen/Henrich/Henrich, Eherecht, Art. 15 EGBGB Rdnr. 7; Basedow, NJW 1986, p. 2974-2975, verwijst naar de invloed van de Haagse verdragen op het begrip in het Duitse commune recht.

27 Voor kritiek op deze aanknoping zie onder andere Brondics/Mark, DNotZ 1985, p. 143; Lichtenberger, DNotZ 1986, p. 656; Henrich, IPRax 1983, p. 63; Wengler, RabelsZ 53 (1989), p. 427-428.; Basedow, NJW 1986, p. 2976; Heldrich, FamRZ 1983, p. 1084; Pirrung, IPR, p. 141.

28 Henrich, FamRZ 1986, p. 846.

29 Voor een definitie zie BGH 3 februari 1993, IPRax 1994, p. 131; Heldrich, FamRZ 1983, p. 1084, over een 'toekomstig domicilie'.

30 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucksache 10/5632, p. 41; Kropholler, IPR, p. 311; Basedow, NJW 1986, p. 2976. Voor de wetshistorie zie ook MünchKomm (Siehr), Randnr. 35 bij art. 14 EGBGB en Pirrung, IPR, p. 142.

31 Spickhoff, JZ 1993, p. 341 e.v., met voorbeelden en een waarschuwing voor een te snelle weg naar de lex fori; kritisch Wegmann met enkele definitiepogingen uit de rechtspraak, NJW 1987, p. 1740; Palandt/Heldrich, Randnr. 10 bij art. 14 EGBGB; Lichtenberger, DNotZ 1986, p. 657; Henrich, IPR

Omstreden is of bij deze aanknoping aan het recht van de nauwste verbondenheid renvoi plaatsvindt.³² De heersende leer neemt aan dat altijd renvoi moet worden toegepast, tenzij de wet uitdrukkelijk zegt dat dit niet de bedoeling is.³³

18.3.2 Rechtskeuzemogelijkheden

Rechtskeuze kan in het Duitse recht langs twee wegen plaatsvinden. Echtgenoten kunnen ex art. 14 EGBGB buitenlands recht kiezen voor hun persoonlijke huwelijksgevolgen binnen de in dat artikel gegeven beperkingen waarbij deze keuze doorwerkt in het huwelijksvermogensrecht, art. 15 EGBGB.³⁴ Dit heeft tot gevolg dat hetzelfde recht zowel hun huwelijksgevolgen als ook hun huwelijksvermogensregime beheerst. Echtgenoten kunnen ook los van de vraag hoe hun persoonlijke huwelijksgevolgenrecht wordt bepaald (objectief dan wel door een rechtskeuze) voor het huwelijksvermogensrecht een aparte rechtskeuze uitbrengen, art. 15 EGBGB. Bij een keuze is het daarom wenselijk dat echtgenoten precies aangeven waarop hun keuze betrekking heeft: art. 14 of 15 EGBGB. De keuze krachtens art. 15 EGBGB kan ook staande huwelijk worden uitgebracht.³⁵

De rechtskeuze heeft steeds betrekking op het materiële recht van de gekozen *lex causae*. Renvoi is hier niet aan de orde omdat de rechtskeuze volgens Duits IPR een zog. ‘Sachnormverweisung’ is.³⁶ Als het IPR van het gekozen recht rechtskeuze niet toelaat, dan is dat niet van belang; de rechtskeuze heeft slechts betrekking op het materiële recht en omvat niet de bepalingen met betrekking tot het IPR van het gekozen recht.³⁷

Anders dan in Nederland is in Duitsland een processuele rechtskeuze in de feitelijke instanties in Duitsland niet mogelijk als het gaat om een keuze tussen Duits en buitenlands recht.³⁸

FamRZ 1986, p. 846. Zie ook het reeds genoemde arrest BGH 3 februari 1993, IPRax 1994, p. 131, voor een toepassing in de praktijk.

32 Ebenroth/Eyles, IPRax 1989, p. 11; Kartzke, IPRax 1988, p. 9-10. Tegen: Von Bar, IPR II, Randnr. 208; Staudinger-Hausmann, Art. 4 EGBGB Rn 99.

33 Kropholler, IPR, p. 153 met verdere verwijzingen; Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 14 EGBGB Rn 96.

34 MünchKomm (Siehr), Randnr. 7 en 21 bij art. 15 EGBGB en Randnr. 53 bij art. 14 EGBGB. Omdat vroeger de art. 14-rechtskeuze ook nog op andere terreinen, met name het alimentatierecht, doorwerkte, had zij vroeger een grotere betekenis. Tegenwoordig wordt slechts zelden gebruik gemaakt van de art. 14-rechtskeuze, Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 14 EGBGB Rn 161-162.

35 BT-Drucksache 10/504, p. 58 r.k.

36 Kartzke, IPRax 1988, p. 8.

37 Wegmann, NJW 1987, p. 1744.

38 De reden is dat volgens de heersende leer de keuze voor Duits recht wel, voor buitenlands recht daarentegen niet in cassatie getoetst kan worden, § 549 lid 1 ZPO. Zie BGH 25 januari 1991, NJW 1991, p. 2214; Spickhoff, JZ 1993, p. 342 met verdere verwijzingen. Het BGH neemt aan dat in de ‘Revision’ (vergelijkbaar met cassatie) wel gebruik kan worden gemaakt van de anti-kiesregel, anders dan in de feitelijke instanties.

A. RECHTSKEUZE WORDT GEDAAN VOOR HET HUWELIJKSGEVOLGEN- EN HUWELIJKSVERMOGENSRECHT, ART. 14 EGBGB

TIJDSTIP VOOR DE KEUZE

Het Duitse recht inzake de huwelijksgevolgen biedt de echtgenoten een beperkte rechtskeuzebevoegdheid³⁹ ter gelegenheid van de huwelijksluiting, maar deze kan ook later worden uitgebracht.⁴⁰ Relevant voor het huwelijksgoederenrecht, dat aanknoopt aan de situatie ten tijde van de huwelijksluiting, is alleen de huwelijksgevolgen-keuze ter gelegenheid van de huwelijksluiting.⁴¹ Aanstaande echtgenoten kunnen ook een keuze doen in afwachting van nieuwe omstandigheden. Als zij bijvoorbeeld binnenkort zullen verhuizen, dan kunnen zij niet alleen kiezen voor het huidige woonplaatsrecht (ervan uitgaand dat hen een keuzerecht daarvoor toekomt), maar ook voor het recht van de toekomstige woonplaats. De keuze gaat dan werken met ingang van de verhuizing naar de nieuwe woonplaats.⁴² Henrich⁴³ wijst erop dat deze merkwaardige impliciete regeling van de huwelijksvermogensrechtelijke rechtskeuze problemen bij de erkenning in andere landen kan veroorzaken. Voor het Nederlandse recht neem ik aan dat de erkenning van een buitenlandse rechtskeuze in deze vorm door het Verdrag 1978 wordt toegestaan. Of een in het buitenland gedane rechtskeuze ten aanzien van het huwelijksgevolgenrecht in Nederland erkend kan worden, zal in onderdeel 23.4 aan de orde komen.

IN WELKE GEVALLEN IS EEN KEUZE MOGELIJK; KEUZEMODALITEITEN.

De rechtskeuzemogelijkheden die art. 14 EGBGB geeft, moeten zorgvuldig worden onderscheiden naar het artikellid waarin zij staan. In de leden 2 en 3 wordt voor bepaalde groepen van echtgenoten aangegeven dat zij bepaalde rechtsstelsels mogen kiezen. Dit betreft slechts een klein deel van de echtgenoten wier huwelijksgoederenrecht door het Duitse IPR wordt beheerst.

Art. 14 *lid* 2 EGBGB regelt rechtskeuzemogelijkheden voor polypatriden. Als de andere echtgenoot ook onderdaan is van een van de staten waarvan de polypatrijde de nationaliteit heeft, dan kunnen echtgenoten ervoor kiezen om

39 Sterk gekant tegen rechtskeuze voor het huwelijksgevolgenrecht voor de invoering ervan was Reinhart, ZVglRWiss 80 (1981), p. 171. Kropholler wijst op de indirecte invloed die het Verdrag 1978 via de Duitse huwelijksvermogensrechtskeuze op de huwelijksgevolgenrechtskeuze heeft gehad; RabelsZ 57 (1993), p. 221.

40 Eventueel kan deze ook al voor de huwelijksluiting worden vastgelegd. In ieder geval treedt de rechtskeuze pas in werking op het moment dat aan alle voorwaarden ervoor is voldaan. Palandt/Heldrich, Randnr. 11 bij art. 14 EGBGB; Lichtenberger, DNotZ 1986, p. 659; Wegmann, NJW 1987, p. 1741.

41 Johannsen/Henrich/Henrich, Eherecht, Art. 15 Rdnr. 9.

42 Pirrung, IPR, p. 145, waar hij deze regel geeft voor art. 15 EGBGB, maar zij geldt ook voor een keuze op grond van art. 14.

43 FamRZ 1986, p. 874.

hun huwelijksgevolgen onder het materiële recht van dat land te brengen. Uitdrukkelijk wordt de werking van art. 5 lid 1 EGBGB uitgesloten. Dit heeft tot gevolg dat partijen bijvoorbeeld voor het Nederlandse recht kunnen kiezen bij een huwelijk tussen een effectief Frans/Nederlandse partner en een Nederlandse partner.⁴⁴ Zonder rechtskeuze zou voor dit echtpaar het recht van het gemeenschappelijk woonland gelden. Bij gebreke daarvan zou de wet van de nauwste band moeten worden vastgesteld. Dezelfde regel gaat op voor een Duits/Nederlands en Nederlands echtpaar. Alleen omdat art. 5 lid 1 EGBGB is uitgesloten, mag bij de Duits/Nederlandse partner de Nederlandse nationaliteit in de beschouwingen worden betrokken. Kropholler⁴⁵ noemt hiervoor ook het geval dat de partner de tweede nationaliteit ter gelegenheid van de huwelijkssluiting verkrijgt. Als echtgenoten dit wensen, kunnen zij hiervoor een rechtskeuze uitbrengen.

Art. 14 lid 3 geeft een aparte rechtskeuzemogelijkheid voor echtgenoten, op wie art. 14 lid 1 sub 1 niet van toepassing is. Art. 14 lid 1 sub 1 EGBGB betreft echtgenoten die een gemeenschappelijke nationaliteit hebben ten tijde van de keuze of deze hebben gehad waarbij één der echtgenoten nog de oude - destijds gemeenschappelijke - nationaliteit heeft. Indien echtgenoten die niet voldoen aan de genoemde eisen van art. 14 lid 1 sub 1, en daarnaast

- geen der echtgenoten onderdaan is van het gemeenschappelijke woonland, of
- beide echtgenoten niet in hetzelfde land wonen,

hebben zij nog de extra rechtskeuzemogelijkheid voor de nationaliteit van een van hen.

Een voorbeeld voor de eerste variant van art. 14 lid 3: de man is Nederlander, de vrouw Poolse. Zij wonen in Duitsland. Deze echtgenoten mogen kiezen voor het Nederlandse of het Poolse recht. Dit geldt overigens ook als de echtgenoten daarvoor een *andere gemeenschappelijke* nationaliteit hadden, bijvoorbeeld indien zij daarvoor beiden Russisch onderdaan waren geweest.

Een voorbeeld voor de tweede variant van art. 14 lid 3: de Nederlandse man en de Poolse vrouw wonen niet in hetzelfde land. Of zij in hun respectievelijke vaderland wonen, doet niet terzake. Dit geldt ook als zij ooit een *andere gemeenschappelijke* nationaliteit hebben gehad. De echtgenoten mogen ook hier kiezen voor het Nederlandse dan wel het Poolse recht.

Beide voorbeelden gaan ervan uit dat de echtgenoten tijdens hun huwelijk nooit gelijktijdig gezamenlijk Nederlander of Pool zijn geweest. Zonder rechtskeuze zou de aanknoping bij de genoemde echtparen via de nauwste verbondenheid met een rechtstelsel zijn verlopen ex art. 14 lid 1 sub 3.

44 Henrich, FamRZ 1986, p. 846; Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 14 EGBGB Rn 170.

45 IPR, p. 313.

DE ROL VAN ART. 5 LID 1 EGBGB BIJ DE ART. 14-RECHTSKEUZE

In de leden van art. 14 EGBGB komt regelmatig een verwijzing naar de nationaliteit van echtgenoten voor. In lid 2 is uitdrukkelijk art. 5 lid 1 uitgesloten. Polypatriden wordt door art. 14 lid 2 EGBGB de keuze ook voor een andere dan de Duitse, dan wel hun effectieve nationaliteit gelaten.

Bij casusposities die onder lid 3 vallen, ligt de zaak niet even duidelijk. Nationaliteitsaanknoping speelt immers zowel een rol bij de vaststelling of een keuzerecht bestaat, alsook bij de vraag welke rechtsstelsels kunnen worden gekozen, als de keuzevrijheid is gegeven.

In de eerste tranche - hebben echtgenoten een keuzerecht ex art. 14 lid 3 - speelt de nationaliteit van het echtpaar een bepaalde rol omdat het geen geval mag betreffen dat wordt bestreken door art. 14 lid 1 sub 1. In dit stadium speelt de vraag of de echtgenoten ooit een gemeenschappelijke nationaliteit hebben gehad die minstens een der echtgenoten nog heeft.

In de tweede tranche speelt de nationaliteit van de echtgenoten een andere rol. Hier gaat het om de vraag - gegeven dat zij een rechtskeuze ex art. 14 lid 3 mogen uitbrengen - welke nationaliteiten als keuzemodaliteiten in aanmerking komen.

Een aantal auteurs redeneert vanuit de tekst van de bepaling: aangezien alleen art. 14 lid 2 de toepasselijkheid van art. 5 lid 1 uitsluit, moet de werking bij art. 14 lid 3 wel worden aangenomen.⁴⁶ Concreet betekent dit bijvoorbeeld het volgende: een echtpaar met Nederlands/Duitse en Nederlandse nationaliteit dat in Frankrijk woont, kan gebruik maken van de rechtskeuzebepaling van lid 3. Bij de beperking of zij behoren tot de 'restcategorie' van art. 14 lid 3 wordt gekeken of zij geen gemeenschappelijke nationaliteit hebben of hebben gehad. Aangezien op grond van art. 14 lid 3 j° 5 lid 1, 2e zin EGBGB bij de bipatride echtgenoot alleen de Duitse nationaliteit in aanmerking wordt genomen, hebben zij geen gemeenschappelijke nationaliteit. Zij wonen niet in een land waarvan een van hen onderdaan is. Zij mogen derhalve op grond van art. 14 lid 3 EGBGB een rechtskeuze uitbrengen voor het Nederlandse of Duitse recht.

Zou het een Pools/Nederlands en Nederlands echtpaar betreffen, wonend in Rusland, waarbij voor de bipatride partner de Poolse nationaliteit effectief zou zijn, dan zou wederom volgens deze opvatting een keuze ex art. 14 lid 3 EGBGB mogelijk zijn. In deze constellatie zouden zij mogen kiezen voor Nederlands dan wel Pools recht.

Indien men naar de tekst van de wet kijkt, krijg ik de indruk dat deze opvatting past bij de opzet van dit artikel. Het artikel is geconcipieerd als een soort reddingsplan voor een vrij zeldzame categorie van echtparen bij wie zonder rechtskeuze de aanknoping van het huwelijksgevolgen- en

⁴⁶ Voorstanders van deze leer zijn bijvoorbeeld Kühne, IPRax 1987, p. 71, en Wegmann, NJW 1987, p. 1741.

huwelijksvermogensrecht via de wet van nauwste verbondenheid zou moeten verlopen.

Opgemerkt zij overigens dat, ook al hebben echtgenoten geen keuzemogelijkheden voor het huwelijksgevolgen- én huwelijksvermogensrecht, dan betekent dat niet dat hen elke keuzemogelijkheid zou zijn ontnomen. Het huwelijksvermogensrecht kent zijn eigen rechtskeuzemogelijkheden.

Als de echtgenoten een rechtskeuze hebben uitgebracht ex art. 14 lid 3 EGBGB, dan heeft dat ook gevolgen voor de beëindiging van rechtswege van deze rechtskeuze, maar dat geldt alleen voor het huwelijksgevolgenrecht.⁴⁷ De gevolgen hiervan zullen worden besproken in hoofdstuk 24.

VORM VAN DE RECHTSKEUZE

Art. 14 lid 4 EGBGB geeft als vormvereiste voor een rechtskeuze die binnen Duitsland wordt gedaan, dat deze in een notariële akte moet worden vastgelegd. Vindt de rechtskeuze voor de huwelijksgevolgen in het buitenland (dat wil zeggen: buiten Duitsland) plaats, dan geeft deze bepaling een alternatieve vormregel: men moet zich houden aan de regels voor het maken van een rechtskeuze voor het huwelijksvermogensrecht in het gekozen recht of van de *lex loci actus*,⁴⁸ waarbij de vormvoorschriften van deze landen voor huwelijksvoorwaarden bepalend zijn, voorzover deze aan rechtskeuzes sec niet lichtere vormeisen stellen.⁴⁹ Voorzover in het buitenland aan de Duitse vereisten kan worden voldaan, is dit ook een geldig alternatief. Lichtenberger geeft als voorbeeld dat de heersende leer een akte van een Oostenrijkse of Zürichse notaris als notariële akte in de zin van art. 14 lid 4 EGBGB erkent.⁵⁰

Inschrijving van het regime in een register wordt, zo blijkt uit het voorgaande, door het Duitse recht niet rechtstreeks geëist; indirect kan zij een rol spelen als de buitenlandse *lex causae* en/of *lex loci actus* deze eis stelt. Kropholler⁵¹ merkt terecht op dat bij een rechtskeuze voor de huwelijksgevolgen, die ook een huwelijksvermogensrechtelijke rechtskeuze impliceert, is aan te bevelen, om in het document duidelijk aan te geven dat het ook een huwelijksgoederenrechtelijke keuze betreft. Omdat vele andere landen geen rechtskeuze in het huwelijksgevolgenrecht kennen zouden echtgenoten moeilijkheden kunnen ondervinden ten aanzien van de erkenning van de huwelijksvermogensrechtelijke rechtskeuze. De link die art. 14 EGBGB legt tussen de twee rechtskeuzes zal in de ogen van menig buitenlandse jurist minder voor de hand liggen.

47 Henrich, FamRZ 1986, p. 846.

48 MünchKomm (Siehr), Randnr. 59 bij art. 14 EGBGB. De keuze wordt gezien als aanwijzing van een bepaald materieel recht, waardoor renvoi vervalt.

49 MünchKomm (Siehr), Randnr. 34-36 bij art. 15 EGBGB.

50 Lichtenberger, FS Ferid, p. 270-271. Zie ook Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 14 EGBGB Rn 127-129.

51 IPR, p. 312-313.

B. HUWELIJKSVERMOGENSRECHTELIJKE RECHTSKEUZE EX ART. 15 EGBGB

Anders dan de strenge rechtskeuzebepaling van art. 14 EGBGB die slechts voor een beperkte groep van echtgenoten rechtskeuzemogelijkheden schept, geeft art. 15 EGBGB voor het huwelijksvermogensrecht ruimere keuzemogelijkheden voor alle IPR-echtgenoten. De echtgenoten mogen kiezen uit het nationale recht van één van hen of het woonlandrecht van één van hen. Voor onroerende zaken kunnen zij de desbetreffende *lex rei sitae* kiezen. De rechtskeuzemogelijkheden van art. 15 EGBGB zijn verhoudingsgewijs modern.⁵² De oude versie van art. 15 EGBGB stond echtgenoten deze keuzevrijheid nog niet toe.⁵³

Bij een rechtskeuze ex art. 14 die gevolgd wordt door een art. 15-keuze, gaat deze laatste als bijzondere keuze op het onderhavige terrein voor.⁵⁴

KEUZE VOOR HET NATIONALE RECHT VAN EEN DER ECHTGENOTEN

Indien beide echtgenoten een gemeenschappelijke nationaliteit hebben in de zin van art. 14 lid 1 sub 1 (zie boven), bepaalt volgens de objectieve conflictregel hun gemeenschappelijke nationaliteit mede het op hun huwelijksgoederenregime toepasselijke recht. Zoals reeds is uitgewerkt, is bij de directe toepassing van art. 14 lid 1 sub 1 de heersende leer, dat de nationaliteit van een persoon moet worden vastgesteld aan de hand van art. 5 lid 1 EGBGB.

Hebben echtgenoten geen gemeenschappelijke nationaliteit in die betekenis (is bijvoorbeeld bij een Frans/Nederlands en Nederlands echtpaar de Franse nationaliteit effectief of betreft het een Duits/Nederlands en Nederlands echtpaar), dan kunnen echtgenoten ex art. 15 lid 2 sub 1 alsnog het nationale recht van een van hen kiezen als toepasselijk recht voor hun huwelijksvermogensregime.

Hierbij rijst wederom de vraag of de gekozen nationaliteit wordt beperkt door de bepalingen van art. 5 lid 1. Dat zou betekenen dat alleen een effectieve nationaliteit van een bipatride echtgenoot gekozen zou kunnen worden. Bij een bipatride Duitse echtgenoot zou diens andere nationaliteit steeds onverkiesbaar zijn. In het Duitse IPR is dit omstreden.⁵⁵ De reeds geformuleerde

52 Het Verdrag 1978 heeft hiervoor als inspiratiebron gediend, Kropholler, *RabelsZ* 57 (1993), p. 216-217. Het Max-Planck-Instituut ging in zijn bespreking van het IPR-wetsontwerp in 1983 nog verder en bepleitte ook keuze voor het recht van de vestiging van de onderneming of het filiaal als het huwelijksvermogen deel uitmaakt van een onderneming, *RabelsZ* 47 (1983), p. 633. Zie voor de oude versie van art. 15 EGBGB, Staudinger-Von Bar bij art. 15 EGBGB (12. Aufl.). Kropholler, *RabelsZ* 57 (1993), p. 216 e.v., plaatst de wijziging in het Duitse beleid mede in het kader van het Haagse huwelijksvermogensverdrag, dat immers wel rechtskeuze toestaat.

53 Zie *MünchKomm* (Siehr), *Randnr.* 5 bij art. 15 EGBGB.

54 Johannsen/Henrich/Henrich, *Eherecht*, Art. 15 *Rdnr.* 14.

55 Voor de mogelijkheid van een keuze van het niet-effectieve nationale recht: Schotten, *Notariële Praxis*, *Randnr.* 154; Palandt/Heldrich, *Randnr.* 22 bij art. 15 EGBGB; *MünchKomm* (Siehr), *Randnr.* 25 bij art. 15 EGBGB; Reithmann/Martiny (Hausmann), *Randnr.* 1058; tegen: Johannsen/Henrich, *Eherecht*, Art. 15 EGBGB *Rdnr.* 10; Von Bar II, *Randnr.* 222. Zie Schotten, a.p. voor verdere verwijzingen.

hoofregel toepassend kom ik ook hier op formele argumenten tot toepassing van art. 5 lid 1, waarbij de genoemde consequenties aanvaard moeten worden, hoewel deze bepaling op zich mij niet bevalt.

KEUZE VOOR HET WOONPLAATSRECHT VAN EEN DER ECHTGENOTEN

Art. 15 lid 2 sub 2 geeft aan dat ook gekozen kan worden voor het recht van de staat waar een van de echtgenoten zijn gewone verblijfplaats heeft. Anders dan men wellicht zou vermoeden op grond van een vluchtige lezing van de wetstekst, is de woonplaats van *minstens een* der echtgenoten bedoeld.⁵⁶ Dat betekent dat echtgenoten met een gemeenschappelijke nationaliteit die door art. 5 lid 1 EGBGB niet wordt erkend, ervoor kunnen kiezen om hun huwelijksvermogensrecht aan hun woonplaatsrecht ten tijde van de huwelijksluiting te onderwerpen. Dit is een weg om de ongewenste gevolgen van de werking van dit artikel te vermijden indien de polypatride echtgenoten wonen in het land van hun gemeenschappelijke nationaliteit die niet de Duitse is.⁵⁷ Ook als beiden alleen de Duitse nationaliteit hebben, kunnen zij op deze wijze voor een buitenlands recht kiezen.⁵⁸

Hebben de echtgenoten geen gemeenschappelijke woonplaats ten tijde van de huwelijksluiting, maar is bijvoorbeeld de ene echtgenoot van plan na de huwelijksluiting in het woonland van de partner te gaan wonen, dan kunnen echtgenoten al ter gelegenheid van de huwelijksluiting dat recht voor hun huwelijksgoederenregime aanwijzen. Noodzakelijk zijn de plannen van de verhuizende echtgenoot niet. Als echtgenoten blijvend in twee landen wonen, is de keuze voor één van die landen ook mogelijk.⁵⁹ Een verhuizing na een rechtskeuze voor het woonplaatsrecht heeft geen gevolgen voor het huwelijksvermogensregime. Willen echtgenoten hun huwelijksvermogensregime weer aanpassen aan de nieuwe woonplaats, dan zullen zij dat door middel van een nieuwe rechtskeuze moeten realiseren.

DEEL-KEUZE VOOR DE LEX REI SITAE BIJ ONROERENDE ZAKEN

Voor het Duitse IPR is deze vorm van rechtskeuze beperkt tot het huwelijksvermogens- en het erfrecht,⁶⁰ art. 15 en 25 EGBGB. Deze mogelijkheid voor een splitsende deel-rechtskeuze is vooral ingegeven door de gedachte dat echtgenoten waarvoor buitenlands huwelijksvermogensrecht geldt, voor in Duitsland gelegen onroerend goed het Duitse recht toepasselijk kunnen ver-

⁵⁶ BT-Drucks. 10/504, p. 58.

⁵⁷ Johannsen/Henrich/Henrich, Eherecht, Art. 15 Rdnr. 11.

⁵⁸ Henrich, FamRZ 1986, p. 847.

⁵⁹ Wegmann, NJW 1987, p. 1742.

⁶⁰ Zie hierover Jayme, IPRax 1986, p. 269-270; Lichtenberger, FS Ferid, p. 275. In het erfrecht is de rechtskeuze beperkt tot in Duitsland gelegen onroerende zaken. Dit veroorzaakt allerlei problemen in de kwalificatie roerend-onroerend, maar het zou te ver voeren om dit op deze plaats verder te behandelen.

klaren.⁶¹ Dat voorkomt dat derden die het onroerende goed van zo'n echtgenoot willen verkrijgen, eerst een nader onderzoek zouden moeten instellen naar de beschikkingsbevoegdheid van de handelende echtgenoot, welke door de werking van het buitenlandse huwelijksvermogensrecht kan zijn beperkt.⁶²

De rechtskeuze kan alleen betrekking hebben op 'unbewegliches Vermögen'. Het begrip 'unbewegliches Vermögen' komt niet elders voor in het Duitse BGB. Voor deze keuze zijn mede daarom nog niet alle details beslist in de schaarse jurisprudentie. Ook de doctrine is niet eenstemmig in de beantwoording van de voorkomende vragen. Een van de onduidelijkheden betreft de kwalificatie. Wat moet worden begrepen onder 'unbewegliches Vermögen', in het vervolg ook aangeduid met 'onroerend vermogen'? In de Duitse literatuur is, om te beginnen, omstreden naar welk recht de kwalificatie moet plaatsvinden. Henrich, Kühne, Rausch en Wegmann⁶³ gaan uit van de *lex causae*. Het gekozen recht bepaalt dan wat onroerend is. Bij in Duitsland gelegen goederen is dit altijd Duits recht.

Afwijkend daarvan zijn Heldrich, Siehr, Kropholler en Lichtenberger⁶⁴ van opvatting, dat het Duitse recht zelf de kwalificatievraag moet beantwoorden omdat dit directe gevolgen heeft voor de omvang van de rechtskeuzebevoegdheid die haar oorsprong vindt in het Duitse recht. In dit geval wordt vanuit het objectief toepasselijke Duitse IPR geredeneerd, en betreft het rechtskeuzes voor in het buitenland gelegen goederen (vanuit Duits perspectief bekeken).

Mijn voorkeur gaat uit naar de eerste oplossing. Ervan uitgaande dat veel wetgevingen een speciaal regime kennen op het gebied van overdracht van en registratie van (zakelijke) rechten op onroerende zaken,⁶⁵ ligt het voor de hand om al hetgeen de *lex rei sitae* als onroerend beschouwt, ook materieel onder de rechtskeuze voor dat recht te laten vallen. Rausch verklaart het in die zin, dat de kwalificatieregels deel uitmaken van de 'Verweisungsnorm nach dem anzuwendenden Recht', een variant op het renvoi. Hiermee is

61 Dat dit in bepaalde gevallen de zaken juist compliceert, zal blijken in de hoofdstukken 25 en 26. Met het toepasselijk-verklaren van een bepaald huwelijksvermogensregime worden vanuit de Duitse visie ook de toestemmingsvereisten van dat recht toepasselijk.

62 Henrich, IPR Familienrecht, p. 67. Ter compensatie van onwenselijke gevolgen van de uitoefening van de aan een van de echtgenoten toegekende bevoegdheid tot beschikking over de goederen, bijvoorbeeld bij de afrekening bij beëindiging van het huwelijk, kan in extreme gevallen § 1381 BGB (Leistungsverweigerung wegen grober Unbilligkeit) nog goede diensten bewijzen, zie Henrich, FamRZ 1986, p. 847. In dat geval kan volledige afrekening van de Zugewinn achterwege blijven.

63 Henrich, IPR Familienrecht, p. 68 en Johannsen/Henrich, Art. 15 Rdnr. 12; Kühne, IPRax 1987, p. 73; Rausch, NJW 1994, p. 2121-2122; Wegmann, NJW 1987, p. 1742.

64 Palandt/Heldrich, Randnr. 22 bij Art. 15 EGBGB; MünchKomm (Siehr), Randnr. 28 bij Art. 15 EGBGB; Kropholler, IPR, p. 319; Lichtenberger, DNotZ 1986, p. 659, minder scherp herhaald in FS Ferid, p. 284-285. Opvallend is dat deze laatste in het algemeen wel de kwalificatie aan de *lex rei sitae* wil overlaten. Hij baseerde dit onderscheid oorspronkelijk op de tekst van art. 15 EGBGB. In zijn latere geschrift rekt hij het begrip 'onroerend' zo sterk op dat het bijna neerkomt op een kwalificatie volgens de *lex rei sitae*.

65 Kropholler, p. 542.

mijns inziens de kans op ongestoorde uitvoering van de rechtskeuze groot.

De tweede opvatting - kwalificatie naar Duits recht als bron van de rechtskeuzebevoegdheid - komt op het eerste gezicht ook wel plausibel over en is begrijpelijk vanuit een Duitse visie, maar zij zal de zaak onnodig ingewikkeld maken. De betrokkenen bij een overdracht of andere beschikkingshandeling naar de *lex rei sitae* ten aanzien van zo'n goed - bijvoorbeeld derden die het goed willen kopen van een der echtgenoten - zullen te maken krijgen met grote rechtsonzekerheid. Bij een voor hen onverwachte *dépeçage* bestaat er een kans dat de regels van goederenrecht van de *lex rei sitae*, daaronder begrepen eventuele derdenbeschermingsregels, de Duitse regels buitenspel zetten vanwege de feitelijk bestaande aanknopingsovermacht.⁶⁶ Daarmee zijn Duitse onderdanen in het buitenland ook niet gediend. Dit kan met name gebeuren als - anders dan in het buitenlandse recht - het Duitse recht een goed als roerend kwalificeert.⁶⁷

MODALITEITEN VAN DE KEUZE BETREFFENDE ONROERENDE ZAKEN

Echtgenoten hebben, gezien de formulering van art. 15 lid 3 EGBGB, de mogelijkheid om al hun onroerende vermogensbestanddelen onder de *lex rei sitae* te brengen, waarbij de keuze automatisch ook voor nog aan te schaffen onroerende zaken geldt. Daarnaast kunnen, althans volgens de opvatting van enkele schrijvers, echtgenoten ook een bepaalde onroerende zaak onder de *lex rei sitae* brengen, terwijl de andere onroerende zaken in hetzelfde land, die zij al in eigendom hebben en nog zullen verkrijgen tijdens de werking van de rechtskeuze, vallen onder de algemeen geldende huwelijksvermogenswet.⁶⁸ De wetgever heeft zich hier niet duidelijk over uitgesproken.⁶⁹

In een vonnis van het Landgericht Mainz⁷⁰ is bevestigd dat echtgenoten niet voor alle in Duitsland gelegen onroerende zaken het Duitse recht hoeven te kiezen, maar over deze keuze per aanwinst kunnen beslissen. Dat heeft als voordeel dat de echtgenoten bij de verkrijging van een ander onroerend goed niet eerst moeten bewijzen dat zij ooit een rechtskeuze voor hun onroerende vermogensbestanddelen hebben gedaan, omdat bij de aanschaf van elke onroerende zaak opnieuw een rechtskeuze kan worden gedaan die in het

66 Voor verdere details betreffende de uitwerking van de rechtskeuze zie Henrich, IPR Familienrecht, p. 67. Kühne, IPRax 1987, p. 73, wijst op de ratio van de bepaling: realisering van een bepaald rechtstelsel.

67 De kwalificatie van hetgeen 'onroerend' is kan volgens het Duitse recht en het recht van de plaats van ligging geschieden. Na ampele bespreking kiest Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 15 EGBGB Rn 164, voor de tweede optie.

68 Zie Henrich, FamRZ 1986, p. 847, die het open laat; Lichtenberger, DNotZ 1986, pp. 659, 662 en 665. Zo dezelfde schrijver ook in FS Ferid, p. 276. Deze wet kan ook door rechtskeuze zijn bepaald. Johannsen/Henrich/Henrich, Eherecht, Art. 15 Rdnr. 14.

69 BT-Drucksache 10/5632, p. 42. Daar wordt alleen op het voordeel gewezen dat echtgenoten door rechtskeuze het recht van de *lex rei sitae* ook voor het toepasselijke huwelijksgoederenregime kunnen kiezen, hetgeen het Duitse rechtsverkeer vereenvoudigt.

70 LG Mainz, 14 december 1992, NJW-RR 1994, p. 73. In deze zin ook Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 15 EGBGB Rn 228.

Grundbuch wordt vermeld. Het Landgericht wees er wel op dat op grond van het Duitse huwelijksvermogensrecht er niet voor gekozen kan worden dat voor één onroerende zaak de Zugewinnngemeinschaft geldt en voor een andere de Gütergemeinschaft.⁷¹

Wegmann bestrijdt deze mogelijkheid op grond van de tekst van de bepaling. Er wordt gesproken van 'Vermögen', en niet van 'Vermögensgegenstände', hetgeen in zijn ogen een keuze voor slechts een bepaald object uitsluit.⁷² Bovendien zou het dan mogelijk zijn om voor verschillende objecten in een land verschillende goederenstelsels van de lex rei sitae te kiezen, hetgeen ongewenst zou zijn, aldus Wegmann. Deze vrees is volgens het genoemde vonnis van het LG Mainz niet terecht. Vanuit de ratio - bescherming en vereenvoudiging van het Duitse rechtsverkeer doordat echtgenoten met een buitenlands huwelijksgoederenregime voor Duitse onroerende zaken het Duitse recht kunnen kiezen - moet men volgens Wegmann de keuze beperkt uitleggen, en geen mogelijkheden creëren die Duitse onderdanen in het buitenland ook niet kunnen realiseren.⁷³

In ieder geval zou het kunnen betekenen dat voor enkele vermogensbestanddelen in een bepaald (buiten)land het ene, en voor ander het andere recht toepasselijk is.⁷⁴ Voor degene die de afwikkeling van de boedel moet regelen, is dit zeker geen benijdenswaardig vooruitzicht! Ondanks het wellicht ingewikkelde karakter van de regelingen is door de separate rechtskeuzes wel duidelijk, voor welk goed welk stelsel geldt.

Een aantal schrijvers⁷⁵ kiest een middenweg en is van mening dat echtgenoten wel een deelkeuze voor alle onroerende zaken in een of meer bepaalde landen kunnen doen. Zij zouden bijvoorbeeld kunnen bepalen dat voor al hun onroerende vermogen in Italië het Italiaanse recht moet gelden. Voor onroerend vermogen in andere landen is dan nog steeds het overigens geldende huwelijksvermogensrecht doorslaggevend. Dit zou in ieder geval vanuit Duits oogpunt als voordeel hebben dat echtgenoten met een buitenlands huwelijksvermogensrecht, voor het in Duitsland gelegen vermogen het Duitse recht kunnen kiezen, hetgeen tegemoet komt aan de eisen van het rechtsverkeer.⁷⁶ Als de echtgenoten in andere landen ook nog onroerend vermogen hebben dat zij liever niet onder de daar geldende huwelijksvermogensregels willen bren-

71 Kropholler sluit zich hierbij aan; zie Kropholler IPR, p. 319. Deze oplossing heb ik in het vorige hoofdstuk ook voor het Nederlandse IPR bepleit.

72 NJW 1987, p. 1742. Lichtenberger noemt dit een 'scharfsinnige' argumentatie, die maatschappelijk gezien niet past. Elk onroerend vermogen bestaat immers niet alleen uit de zaak zelf maar omvat ook allerlei daaraan verbonden rechten e.d.; zie ook zijn bijdrage in FS Ferid, p. 276.

73 Dit zou ook in strijd zijn met art. 3 lid 1 GG, dat het gelijkheidsbeginsel vastlegt, en ook voor het IPR geldt. Zie BVerfG 4 mei 1971, RabersZ 36 (1972), p. 145 (Spanierentscheidung), voor de toets van het IPR aan de grondrechten.

74 Ook Kühne, IPRax 1987, p. 73, keert zich tegen deze mogelijkheid.

75 Wegmann, NJW 1987, p. 1742; Lichtenberger, FS Ferid, p. 275; Kühne, IPRax 1987, p. 73.

76 De Duitse literatuur spreekt compact van 'Verkehrs- und Durchsetzbarkeitsinteressen', zie Lichtenberger, FS Ferid, p. 278.

gen, dan verhindert dat in deze opvatting niet dat zij in Duitsland wel een keuze voor het Duitse huwelijksgoederenrecht uitbrengen. Dit is voor echtgenoten ook goed te overzien.⁷⁷

Los van alle academische bespiegelingen kan het, vooral bij onroerend vermogen, voorkomen dat het land van ligging in zijn rechtssysteem geen enkele rekening houdt met buitenlands huwelijksvermogensrecht, omdat het land in kwestie in zijn IPR uitgaat van het splitsingsstelsel. Voor onroerende zaken in die landen is het derhalve vergeefse moeite om een gedeeltelijke of omvattende rechtskeuze voor de onroerende vermogensbestanddelen te doen. Het effect, toepassing van de *lex rei sitae*, zou in ieder geval zijn opgetreden.⁷⁸ Het hangt mijns inziens van de interne regels van het land van ligging af of differentiatie naar keuzestelsels mogelijk wordt geacht voor bepaalde vermogensbestanddelen.⁷⁹

AANKNOPINGSOVERMAGT - NÄHERBERECHTIGUNG IN HET DUITSE RECHT

Het Duitse recht accepteert gevallen van aanknopingsovermacht als onderdeel van de toepassing van conflictregels. Zij wordt derhalve niet als verstoring van het systeem van conflictregels gezien die correctie behoeft, zoals dat in Nederland gebruikelijk is, zie onderdeel 17.6. Dit wordt gebaseerd op art. 3 lid 3 EGBGB, dat aangeeft dat onder andere in het familierecht, de Duitse verwijzingsregels geen betrekking hebben op goederen die zich in een ander land bevinden en waarvoor ter plaatse bijzondere regels gelden. Art. 3 lid 3 EGBGB heeft voornamelijk betrekking op onroerend goed.⁸⁰ De afrekening volgens het huwelijksvermogensrecht wordt buiten deze goederen om gerealiseerd. Voor de buitenlandse goederen vindt de verdeling naar de *lex rei sitae* plaats. Rausch⁸¹ geeft als voorbeeld een echtpaar met Duits huwelijksvermogensregime, dat onroerend goed heeft in Engeland. Dat onroerende goed valt in Engeland onder Engels goederenrecht vanwege de aanknoping aan de *lex rei sitae*.⁸²

Vroeger was omstreden welke bepalingen onder art. 3 lid 3 EGBGB vallen⁸³ maar sinds een arrest van het BGH uit 1968⁸⁴ is duidelijk dat de regel

77 Lichtenberger, FS Ferid, p. 277-278, geeft dit met gevoel voor in de praktijk optredende problemen weer.

78 In Nederland kan dat niet in die vorm voorkomen omdat wij uitgaan van het eenheidsstelsel. Eventuele Duitse voorrangsregels zullen door de Duitse rechter in acht worden genomen, art. 34 EGBGB, maar tot handhaving van derdelands-voorrangsregels is de Duitse rechter niet verplicht, omdat Duitsland toepasselijkheid van art. 7 lid 1 EVO heeft uitgesloten door het voorbehoud van art. 22 EVO, zie NIPR 1994 nr. 52. Zie hierover Kreuzer, die zich voor een beperkt voorbehoud uitspreekt, IPRax 1984, p. 293-294; Ehrlicke, IPRax 1994, p. 384 e.v.

79 In deze zin ook Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 15 EGBGB Rn 229.

80 Henrich, IPR Familienrecht, p. 71; Wegmann, NJW 1987, p. 1742.

81 NJW 1984, p. 2128.

82 Cheshire & North, p. 871, zoals reeds in het Nederlands IPR-deel over de *Näherberechtigung* genoemd.

83 Kegel, IPR, p. 265.

84 BGH 5 april 1968, BGHZ 50, p. 63.

in ruime zin moet worden opgevat.⁸⁵ Daarentegen is er geen goede reden om art. 3 lid 3 EGBGB toe te passen als de buitenlandse *lex rei sitae* van een andere aanknopingsfactor uitgaat, maar niet afwijkt van het eenheidsstelsel.⁸⁶

VORM VAN DE RECHTSKEUZE EX ART. 15 EGBGB

Maken echtgenoten in Duitsland een rechtskeuze sec dan is een notariële akte vereist, net als bij een rechtskeuze voor de persoonlijke huwelijksgevolgen. Bij een rechtskeuze in het buitenland voldoet men aan de Duitse IPR-vormvoorschriften indien men zich houdt aan de regels voor het maken van huwelijksvoorwaarden van de *lex loci actus* of de *lex causae*, omdat art. 15 in het derde lid verwijst naar art. 14 lid 4 EGBGB.⁸⁷ Maken echtgenoten huwelijksvoorwaarden die tevens een rechtskeuze inhouden, dan moeten zij aan de vormvoorschriften van een van de genoemde Staten voor huwelijksvoorwaarden voldoen.

KEUZE VOOR HET RECHT VAN EEN BEPAALD LAND HOUDT IN EEN KEUZE VOOR HET WETTELIJK STELSEL VAN DAT LAND, TENZIJ ECHTGENOTEN ANDERS BEDINGEN

In de Duitse literatuur⁸⁸ wordt geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende constellaties waaronder de rechtskeuze plaatsvindt. Men gaat ervan uit dat bij een rechtskeuze sec voor een bepaald land bedoeld is het wettelijk stelsel van dat land te kiezen, waarbij wordt aangeraden om in de akte van rechtskeuze daaromtrent meer informatie op te nemen zodat dit duidelijk vaststaat. Als echtgenoten een van de keuzestelsels van het gekozen recht prefereren, dan moeten zij dat in bijgaande huwelijksvoorwaarden aangeven. Een directe keuze van een keuzestelsel uit het gekozen recht is niet mogelijk.⁸⁹ De gekozen rechtsorde moet de keuze van een ander dan het daarin voorziene wettelijk stelsel wel toestaan. Is dat niet het geval dan staat deze optie ook niet in combinatie met een rechtskeuze aan de echtgenoten open.⁹⁰

C. OPHEFFING VAN EEN EERDER GEDANE KEUZE

Hoewel deze mogelijkheid niet expliciet in de wet is neergelegd, valt aan te

85 Lichtenberger, DNotZ 1986, p. 647-648. In de Stellungnahme zum Regierungsentwurf van het Max-Planck-Institut wordt aangeraden om deze bepaling te laten vervallen omdat zij onhandig, onlogisch en overbodig zou zijn. RabelsZ 47 (1983), p. 605-606.

86 Ebenroth/Eyles, IPRax 1989, p. 4.

87 Lichtenberger, DNotZ 1986, p. 663, bespreekt andere varianten die kunnen spelen als de *lex loci actus* en/of de *lex causae* geen huwelijksvoorwaarden dan wel rechtskeuze toelaten of deze alleen mogelijk maken onder bepaalde voorwaarden. Deze uitwerkingen liggen te ver van mijn onderzoek en ik laat ze verder onbesproken. Zie ook het commentaar van het Max-Planck-Institut op het IPR-wetsontwerp, RabelsZ 47 (1983), p. 634, waar het wijst op het feit dat in het buitenland soms voor rechtskeuzes een minder strenge vorm geldt dan voor huwelijksvoorwaarden.

88 Zie Lichtenberger, FS Ferid, p. 272.

89 Schotten, Notarielle Praxis, Randnr. 169.

90 Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 15 EGBGB Rn 126.

nemen dat echtgenoten een eerder gemaakte keuze ook weer kunnen opheffen.⁹¹ Deze opheffing verschilt in zoverre van een rechtskeuze ex art. 15 EGBGB dat zij terugvoert tot het voor de keuze geldende regime en niet in haar modaliteiten afhankelijk is van de alternatieven van art. 15 EGBGB. De opheffing is wel aan de vormvereisten van art. 15 EGBGB gebonden.⁹² Strikt genomen kunnen echtgenoten volstaan met een verklaring dat de gedane rechtskeuze moet worden opgeheven, maar uit een oogpunt van rechtszekerheid is het aan te bevelen om duidelijk vast te stellen welk recht na de opheffing moet gelden. Hierover bestaat in de literatuur verschil van mening. Lichtenberger neemt aan dat als de echtgenoten daaromtrent niets bij een nieuwe rechtskeuze bepalen, het wettelijk stelsel van het recht gaat gelden dat hun huwelijksvermogensregime ten tijde van de huwelijksluiting beheerste dan wel zou hebben beheerst als partijen geen rechtskeuze hadden gedaan. Dit houdt ook in dat de keuze gelding van het interne recht bewerkstelligt zoals dat op dat moment gold. Dit is anders als de echtgenoten in een ander stuk, zoals huwelijksvoorwaarden, een impliciete rechtskeuze voor een ander recht uitbrengen.⁹³

Stoll en Wegmann⁹⁴ nemen daartegen aan dat men de opheffing van een rechtskeuze moet zien als een hernieuwde keuze voor het objectief toepasselijke stelsel. Daarmee zou dan zonder verdere uitspraken van de echtgenoten hieromtrent het wettelijk stelsel van dat recht moeten gelden zoals dat ten tijde van de opheffing van de rechtskeuze geldt. Wegmann baseert dit mede op § 1409 BGB, dat een verwijzing in huwelijksvoorwaarden naar oud of buitenlands recht verbiedt. Anders zouden echtgenoten door het uitbrengen van een opheffing feitelijk een wettelijk stelsel in het leven kunnen roepen dat op dat moment al door een ander is vervangen, een soort ‘Versteinerung’ na een periode van gekozen recht.

Hoewel de eerstgenoemde opvatting logisch klinkt - men gaat weer terug naar wat anders zou hebben gegolden - maakt het argument van Wegmann meer indruk. Een voorkeur voor een opvatting hangt af van de visie op het overgangsrecht en de ‘Versteinerung’. Als echtgenoten geen rechtskeuze hadden gemaakt, waren zij immers gehuwd onder het wettelijk stelsel zoals dat gold ten tijde van de huwelijksluiting, tenzij intussen een wijziging van het interne recht had plaatsgevonden. Voor zo'n wijziging zal het interne recht meestal een overgangsregel geven. Als men ervan uitgaat dat het nieuwe stelsel te prefereren is boven het oude dan ligt het voor de hand om bij de opheffing van een rechtskeuze de echtgenoten mee te laten ‘profiteren’ van

91 Zo ook Lichtenberger, FS Ferid, p. 274, met een beroep op de rechtsgeschiedenis; Kropholler, IPR, p. 319.

92 Lichtenberger, DNotZ 1986, p. 658.

93 Lichtenberger, DNotZ 1986, p. 660; Kropholler, IPR, p. 320.

94 Stoll, diss., p. 84; Wegmann, NJW 1987, p. 1744.

de wijziging en de interne overgangsregel te volgen.⁹⁵ Ervan uitgaande dat dit de gebruikelijke gang van zaken is, gaat mijn voorkeur uit naar de oplossing van Wegmann. Zo gaat het echtpaar mee met de wijzigingen die in de loop der jaren in het interne recht hebben plaatsgevonden, waardoor de kans op afwijkingen tussen een echtpaar met rechtskeuze en aansluitende opheffing van de rechtskeuze en een echtpaar zonder rechtskeuze zo klein mogelijk wordt. Dit is mijns inziens het doel dat moet worden nagestreefd.

WERKING VAN DE RECHTSKEUZE EN AFWIKKELING VAN HET OUDE STELSEL

In beginsel werkt de rechtskeuze in het Duitse IPR staande huwelijk *ex nunc*.⁹⁶ Daardoor ontstaat een wagonstelsel waarin verschillende rechtsstelsels voor verschillende perioden van het huwelijk gelden. Wat precies met het reeds aanwezige vermogen moet of kan gebeuren, wordt volgens de parlementaire geschiedenis onderworpen aan het nieuwe recht.⁹⁷ Daardoor kan worden bepaald dat het voor de rechtskeuze aanwezige vermogen onder het nieuwe stelsel valt of niet, en ook hoe de afwikkeling moet plaatsvinden. Echtgenoten kunnen, zo wordt door de wetgever toegevoegd, er ook voor kiezen om het reeds aanwezige vermogen onder het gekozen recht te brengen.⁹⁸ Verdere regels achtte de wetgever niet noodzakelijk.⁹⁹

De meeste auteurs volgen de vrij algemeen geformuleerde regel van de wetgever, die zoals gezegd kiest voor de overgang en afwikkeling volgens het nieuwe recht.¹⁰⁰ Slechts een enkeling prefereert de afwikkeling volgens het oude recht.¹⁰¹ Verder is nog een aantal varianten in de literatuur te vinden: Stoll¹⁰² bepleit dat een wijziging van het regime door rechtskeuze op dezelfde manier behandeld moet worden als wijziging door beëindiging van een regime door het einde van het huwelijk of de invoering van een ander regime door huwelijkse voorwaarden. Dat heeft tot gevolg dat het oude stelsel op gelijke wijze wordt afgewikkeld als ware sprake van een van de internrechtelijke wijzigingsgronden. Bij afwikkeling op grond van wettelijke bepalingen ligt de overgang qua beëindiging van het oude stelsel vrij eenvoudig. Als bij voorbeeld de Zugewinnngemeinschaft moet worden afgewikkeld, dan ont-

95 Zie Strikwerda, Inleiding, nr. 145.

96 BT-Drucksache 10/504, p. 58 r.k.; Kropholler, IPR, p. 317; Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 15 EGBGB Rn 115.

97 BT-Drucksache 10/504, p. 58, r.k.

98 Zie hierover Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 15 EGBGB Rn 118-119.

99 Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 15 EGBGB Rn 116, vat de mogelijkheid om terugwerkende kracht aan de rechtskeuze te verbinden, letterlijk op. In zijn visie moet in dat geval ten aanzien van elke in het verleden verrichte Rechtshandeling worden nagegaan, of deze onder het gekozen recht dezelfde rechtsgevolgen zou hebben gehad.

100 Bijvoorbeeld Henrich in IPR Familienrecht, p. 69; Johannsen/Henrich/Henrich, Eherecht, Art. 15 Rdnr. 15; Von Bar, IPR II, nr. 227; Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 15 EGBGB Rn 124 met vele verwijzingen naar vertegenwoordigers van de verschillende opvattingen; Kropholler, IPR, p. 317 met een verwijzing naar een toepassing in het Italiaanse recht.

101 Wegmann, NJW 1987, p. 1743-1744.

102 Diss. p. 87.

staan op grond van de wet aanspraken op verrekening over en weer.¹⁰³ Slechts als de internrechtelijke beëindiging van het stelsel wettelijk niet uitputtend wordt geregeld, kunnen verschillende systemen tijdelijk naast elkaar bestaan. Stoll noemt hiervan geen voorbeelden maar ik kan mij voorstellen dat dit kan voorkomen bij de afwikkeling van de Nederlandse gemeenschap van goederen. Wettelijk is slechts geregeld dat de gemeenschap wordt ontbonden en dat op grond van art. 1:102 BW de andere echtgenoot deels aansprakelijk wordt. Echtgenoten moeten dan zelf nog zorgen voor de boedelscheiding die in beginsel bij helfte plaatsvindt.

Lichtenberger¹⁰⁴ kiest voor een andere variant. Hij wil het binnen redelijke grenzen laten afhangen van de wil van echtgenoten. Als zij dit per se willen dan moeten zij aan de rechtskeuze ook terugwerkende kracht kunnen verlenen. Hij wijst daarbij op het belang van duidelijke afspraken over het tijdstip dat de rechtskeuze moet gaan werken en de afwikkeling van het vorige regime. Echtgenoten kunnen ook bepalen dat de rechtskeuze pas later haar werking krijgt. In zijn visie kunnen zij ook het recht kiezen van een bepaald land waarvan zij verwachten dat dit hun toekomstige woonland is.

In het vervolg houd ik mij aan de opvatting van de wetgever die aanneemt dat de echtgenoten zelf kunnen bepalen dat al het aanwezige vermogen onder het gekozen recht valt. Doen zij dat niet dan bepaalt het gekozen recht welke vermogensbestanddelen onder het nieuwe regime vallen en of en in hoeverre tot afwikkeling van het oude stelsel moet worden overgegaan.

18.4 Afbakening tussen IPR-huwelijksvermogensrecht, IPR-huwelijksgevolgenrecht en andere rechtsgebieden in het Duitse IPR

18.4.1 Afbakening tussen het huwelijksvermogensrecht en het recht inzake de persoonlijke huwelijksgevolgen

Ook in het Duitse IPR worstelt men met de vraag wat precies onder het huwelijksvermogensrecht moet worden verstaan. Anders dan in het Nederlandse recht heeft de Duitse wetgever geen concrete criteria hiervoor gegeven. In de gevallen waar geen rechtskeuze voor het huwelijksvermogensrecht wordt gedaan, lijkt de afbakening van de persoonlijke huwelijksgevolgen tegenover het huwelijksvermogensrecht minder interessant omdat beide categorieën worden aangeknoopt volgens dezelfde regel en daarmee, tenminste aanvankelijk, aan hetzelfde recht zijn onderworpen, art. 14 j° 15 EGBGB. In het geval dat echtgenoten door een rechtskeuze voor het huwelijksvermogensrecht deze koppeling hebben verbroken, of indien tengevolge van wijziging

¹⁰³ Stoll, diss. p. 87.

¹⁰⁴ DNotZ 1986, p. 660.

van de feitelijke omstandigheden het huwelijksgevolgenregeime door een ander recht wordt beheerst, speelt de kwalificatie wel een rol.¹⁰⁵ Daarbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de persoonlijke huwelijksgevolgen die onder art. 14 EGBGB vallen en andere huwelijksgevolgen die door bijzondere regelingen worden bestreken. Tot die laatste categorie behoort de handelingsbekwaamheid die door het huwelijk wordt bereikt, art. 7 EGBGB, de naam van de echtgenoten, art. 10 EGBGB, de Versorgungsausgleich, art. 17 EGBGB, en de onderhoudsverplichtingen tussen de echtgenoten, art. 18 EGBGB.¹⁰⁶

Het criterium waardoor de huwelijksgevolgen in het Duitse IPR worden onderscheiden van het huwelijksvermogensrecht is, of in het betreffende rechtsstelsel het fenomeen bij elke huwelijksluiting optreedt - dan is het een huwelijksgevolg in de zin van art. 14 EGBGB¹⁰⁷ - dan wel dat het afhankelijk is van een bepaald regime binnen het desbetreffende recht.¹⁰⁸ Men kan daarbij denken aan de toestemmingsvereisten uit het Duitse recht die uitsluitend zijn gekoppeld aan de Zugewinnngemeinschaft dan wel de Gütergemeinschaft. In dat geval hebben wij te maken met een fenomeen dat valt onder het huwelijksvermogensrecht.

Tot de persoonlijke huwelijksgevolgen die onder art. 14 EGBGB vallen rekent het Duitse IPR o.a. de bepaling betreffende de aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden, § 1357 BGB (Schlüsselgewalt),¹⁰⁹ en de vraag of echtgenoten beperkt worden in het onderling verrichten van bepaalde rechtshandelingen voorzover dit niet afhankelijk is van het huwelijksvermogensstatuut.¹¹⁰ Tot het huwelijksgevolgenrecht behoort eveneens de vraag of echtgenoten door de huwelijksluiting beperkt worden in hun beschikkingsmacht, voorzover dit niet afhankelijk is van het desbetreffende huwelijksvermogensregime dat op deze echtgenoten van toepassing is.¹¹¹

105 Reithmann/Martiny (Hausmann), Randnr. 988; Henrich, IPR Familienrecht, p. 65. Het huwelijksvermogensrecht verandert niet automatisch mee; zie Wegmann, NJW 1987, p. 1741.

106 MünchKomm (Siehr), Randnr. 73 bij art. 14 EGBGB; Lichtenberger, DNotZ 1986, p. 652. Zie Weber, IPRax 1990, p. 95 e.v., over OLG Hamm, 15 november 1988, ten aanzien van de kwalificatie van de voorlopige toewijzing van de echtelijke woning.

107 Een voorbeeld zou art. 1:88 BW zijn, zie Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 14 EGBGB Rn 234. Voor de gevolgen van deze uiteenlopende kwalificaties zie de hoofdstukken 25 en 26.

108 Dit wordt algemeen aangenomen, zie al Kühne, JZ 1977, p. 439-440; Kegel, IPR, p. 531.

109 Kropholler, IPR, p. 309.

110 MünchKomm (Siehr), Randnr. 107 bij art. 14 EGBGB. Siehr kwalificeert de beperking als huwelijksgevolgenrecht als zij dient ter bescherming van de echtelijke verhoudingen tegen commercialisering. Voor de overige onderwerpen die eventueel huwelijksgevolgenrechtelijk kunnen worden gekwalificeerd zie de volgende onderdelen van het commentaar van Siehr. Ik zal deze niet nader bespreken omdat zij niet te maken hebben met het onderwerp van dit onderzoek.

111 Kegel, IPR, p. 533. Vroeger achtte men het argument doorslaggevend dat bepaalde effecten onveranderlijk moesten worden aangeknoopt hetgeen hen dan automatisch het etiket 'hewelijksvermogensrecht' opleverde, maar sinds de invoering van art. 15 EGBGB nieuw gaat dit niet meer op. Zie Henrich, IPR Familienrecht, p. 29 en 38, voor een bijzondere visie. Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 14 EGBGB Rn 321 en Art. 15 Rn 261, verdedigt dat

Onder het huwelijksvermogensrecht valt (vrijwel) onomstreden de vraag, welke vermogens bestaan en welke aanspraken de echtgenoten op de verschillende vermogens hebben.¹¹² Verder maakt natuurlijk de mogelijkheid om staande huwelijk het regime door huwelijksvoorwaarden te wijzigen, deel uit van het IPR-huwelijksvermogensrecht.¹¹³

Bij eigendomsvermoedens zijn uiteenlopende kwalificaties mogelijk. § 1362 BGB, behandeld in hoofdstuk 15, behoort tot de algemene huwelijksgevolgen.¹¹⁴ Als eigendomsvermoedens afhankelijk zijn van het huwelijksgoederenregime dan worden zij tot het huwelijksvermogensrecht gerekend.¹¹⁵

18.4.2 Afbakening tussen het IPR-huwelijksvermogensrecht en het goederenrecht

ENKELE ASPECTEN VAN HET DUITSE IPR-GOEDERENRECHT

Het goederenrecht wordt in het Duitse IPR beheerst door de *lex rei sitae*, zowel voor roerende als onroerende zaken.¹¹⁶ Dit recht beheerst bijvoorbeeld de vraag door welk soort transacties een goed wordt vervreemd of bezwaard, en of het een causale of abstracte transactie betreft.¹¹⁷ Om een logisch geheel te verkrijgen, wordt er wel voor gepleit om in causale stelsels de vraag naar de geldigheid van de titel naar het overdrachtsstatuut te beoordelen. De *lex causae* van de titel kan echter een andere zijn dan het overdrachtsstatuut, niet in de laatste plaats omdat in het contractenrecht een rechtskeuze is toegestaan, art. 27 EGBGB.¹¹⁸ In het Duitse goederenrecht gaat men er tegenwoordig, ondanks andersluidende stemmen in de literatuur en in een ‘Referentenentwurf’ voor een herziening van het goederenrecht in het EGBGB, nog steeds van uit dat partijen geen rechtskeuzemogelijkheden hebben in het goederenrecht.¹¹⁹

voor § 1369 BGB een uitzondering op z'n plaats is. Deze bepaling is weliswaar alleen van toepassing als de echtgenoten in Zugewinnngemeinschaft zijn gehuwd, maar qua inhoud zou zij eigenlijk in het IPR tot het huwelijksgevolgenrecht moeten worden gerekend.

112 Henrich, IPR Familienrecht, p. 84-85, wijst erop dat dit bij onroerende zaken alleen zover mogelijk is als de *lex rei sitae* de rechtsfiguur uit het huwelijksvermogensrecht ook kent. Als een land bijvoorbeeld de gebonden mede-eigendom uit het huwelijksgoederenrecht niet kent, dan moet men aannemen dat de echtgenoten het onroerend goed in dat land in gewone mede-eigendom hebben.

113 Reithmann/Martiny (Hausmann), Randnr. 988.

114 Johannsen/Henrich/Henrich, Eherecht, Art. 14 EGBGB Rdnr. 3; Kegel, IPR, p. 534.

115 MünchKomm (Siehr), Randnr. 114 bij art. 14 EGBGB met verdere verwijzingen.

116 BGH 4 juli 1969, BGHZ 52, p. 240; BGH 25 september 1996, NJW 1997, p. 459 met verdere verwijzingen; Staudinger-Stoll, IntSachenR Rn 165.

117 Kegel IPR, p. 486.

118 Staudinger-Stoll, IntSachenrecht Rn 166.

119 Zie Einsele, RabelsZ 60 (1996), p. 435-442 met vele verwijzingen. Zie ook het arrest van het BGH van 25 september 1996, NJW 1997, p. 460.

AFBAKENING HUWELIJSVERMOGENSRECHT EN GOEDERENRECHT

De *lex rei sitae* geldt niet voor zakenrechtelijke gevolgen die samenhangen met het huwelijk, bijvoorbeeld de boedelmenging die bij een gemeenschap van goederen optreedt. Deze worden geheel door het huwelijksvermogensrecht bepaald,¹²⁰ tenzij de rechtsfiguur niet bekend is in het land van ligging. In dat geval moet via aanpassing een oplossing worden gevonden. Kent bijvoorbeeld de *lex rei sitae* geen gebonden mede-eigendom die zou optreden door de boedelmenging, dan moet voor de goederen van het echtpaar, dat zich in het desbetreffende land vestigt, gewone mede-eigendom worden aangenomen als dat de rechtsfiguur is die het dichtst bij de gebonden gemeenschap in de buurt komt.

Zoals is opgemerkt in onderdeel 18.3.2 sub b, beperkt de *Näherberechtigungsregel* van art. 3 lid 3 EGBGB de invloed van het huwelijksgoederenrecht in het Duitse IPR deels tot goederen die zich in Duitsland bevinden. Hierdoor geldt vanuit Duitse visie altijd de *lex rei sitae* voor buitenlands onroerend vermogen voor zover zij voorrang claimt vóór het recht dat de toepasselijke huwelijksvermogensrechtconflictregel aanwijst. Slechts in de overige gevallen zet het recht zich door dat door het Duitse huwelijksvermogensrecht is aangewezen.¹²¹

120 Kegel IPR, p. 487. Art. 16 lid 1 EGBGB biedt bescherming tegen niet in het Güterrechtsregister ingeschreven buitenlandse huwelijksgoederenregimes waarvan derden niet op de hoogte waren, zie onderdeel 20.1.2.

121 Von Bar, IPR II, Randnr. 232.

Bestuursoverschrijdingen en de positie van derden

Nederlands IPR: Echtparen in Nederland met een buitenlands huwelijksvermogensregime door rechtskeuze voor de huwelijksluiting of door toepassing van objectief conflictenrecht

In dit hoofdstuk zal worden besproken welke gevolgen voor derden in Nederland kunnen optreden wanneer zij handelen met echtgenoten met een buitenlands huwelijksvermogensregime. Dit buitenlandse huwelijksvermogensregime kan zijn oorsprong vinden in het feit dat echtgenoten vóór de huwelijksluiting een rechtskeuze hebben uitgebracht voor buitenlands recht (al dan niet in combinatie met of in de vorm van huwelijkse voorwaarden), dan wel doordat echtgenoten door hun eerste huwelijksdomicilie of nationaliteit zodanig met een ander land zijn verbonden dat volgens de objectieve conflictregel buitenlands huwelijksvermogensrecht op hen van toepassing is. Ik ga er in dit hoofdstuk van uit dat geen wijziging tijdens het huwelijk plaatsvindt ten aanzien van het toepasselijk recht op het huwelijksvermogensregime. Wijziging van regime staande huwelijk kan weer andere specifieke problemen opleveren, die in hoofdstuk 21 zullen worden besproken.

19.1 Uitgangspunten van het verdrag inzake de positie van derden

In het Verdrag 1978 is een summier regeling opgenomen omtrent de positie van derden die worden geconfronteerd met een echtgenoot die naar een buitenlands stelsel is gehuwd. Het uitgangspunt van het Verdrag, herhaald in art. 3 WCHv, staat in art. 9 lid 1 Verdrag: de gevolgen van toepasselijkheid van een huwelijksvermogensregime ten aanzien van een rechtsbetrekking tussen een echtgenoot en een derde worden beheerst door het recht dat op grond van het Verdrag op het huwelijksvermogensregime van toepassing is.¹ Lid 2 geeft een mogelijkheid voor lidstaten om regels te stellen betreffende de vraag of de echtgenoot zijn regime aan derden te goeder trouw kan tegenwerpen.² Tegenwerping aan derden die van het stelsel op de hoogte waren of hadden moeten zijn, is daarbij altijd mogelijk. Nederland heeft daarvan, zoals reeds in onderdeel 17.1.7 ter sprake kwam, slechts gebruik gemaakt ten

¹ Van Rijn van Alkemade, FJR 1992, p. 153.

² Von Overbeck, Schweizer Jahrbuch für internationales Recht 1977, p. 120.

aanzien van verhaalsmogelijkheden voor derden, niet ten aanzien van gevolgen van het buitenlandse regime in de bestuursbevoegdheidssfeer.

MAG EEN DERDE VAN MOGELIJKE BESCHERMING AFZIEN?

Indien een verkrijger van een bestuursonbevoegde echtgenoot volgens de in de volgende onderdelen te bespreken goederenrechtelijke beschermingsbepalingen beschermd kan worden, kan hij daar dan ook van afzien en de rechtsbetrekking afwikkelen volgens de verhoudingen die tussen de echtgenoten gelden volgens het toepasselijke recht? Deze vraag is beantwoord bij de bespreking door Von Overbeck van art. 9 Verdrag;³ een derde mag zich beroepen op het werkelijk tussen de echtgenoten geldende recht als dit voor hem gunstiger is dan het recht, waarop hij krachtens een derdenbeschermingsmaatregel een beroep zou kunnen doen. Of men 'gunstiger' in concrete zin of in het systeem van het recht moet opvatten (een geldige rechtshandeling is daar altijd gunstiger dan een ongeldige) zeggen de stukken niet. Door de keuze aan de derde over te laten, zullen de uitkomsten van deze keuze eerder in de eerstgenoemde richting wijzen. In concrete gevallen kan dat betekenen dat een derde liever van de overeenkomst met de echtgenoot afziet, bijvoorbeeld omdat hij bij een andere partij een gunstiger resultaat kan behalen.

19.2 De positie van derden jegens echtgenoten die hun buitenlandse regime hebben ingeschreven in het huwelijksgoederenregister

Werkt het in onderdeel 17.1.7 uitgewerkte systeem van derdenbescherming in het IPR? Zoals daar reeds vermeld werd, is het de bedoeling dat derden dezelfde positie hebben ten aanzien van echtgenoten met een van de Nederlandse wettelijke gemeenschap afwijkend huwelijksgoederenstelsel op grond van huwelijksvoorwaarden in het interne recht als ten opzichte van echtgenoten die een afwijkend regime hebben op grond van toepasselijkheid van buitenlands huwelijksvermogensrecht. De precieze uitwerking voor de verkrijging van verschillende soorten goederen volgt hierna.

19.2.1 De derde wil een roerende zaak, toonder- of ordervordering van een der echtgenoten in Nederland verkrijgen

Laten wij de positie van de derde eens bekijken aan de hand van een casus. Een in Nederland wonende man, die naar Duits recht in het keuzestelsel van de Gütergemeinschaft⁴ met 'gemeinschaftliche Verwaltung' is gehuwd,

3 Rapport Von Overbeck, nr. 178, zo ook al in Schweizer Jahrbuch 1977, p. 121; Joppe, WPNR 5423 (1978).

4 Zie de behandeling van dit keuzestelsel in hoofdstuk 6.

verkoopt aan een eveneens in Nederland wonende man een oude roeiboot.⁵ De boot ligt ten tijde van de transactie in Nederland. De verkoper is door het toepasselijke Duitse huwelijksgoederenrecht niet bevoegd om de boot alleen te vervreemden, § 1450 BGB. Kan, indien slechts de man de boot aan de koper levert, de koper eigenaar worden, ondanks het feit dat de verkoper naar Duits huwelijksgoederenrecht niet tot de beschikking bevoegd was? Deze vraag moet naar Nederlands IPR naar de goederenrecht-conflictregel worden beantwoord, zoals in onderdeel 17.6 werd uitgewerkt. De *lex rei sitae* van de boot ten tijde van de levering, en daarmee in casu het Nederlandse recht, beheerst deze vraag van derdenbescherming.⁶ Op grond van art. 3:86 BW moet worden vastgesteld of de koper voor bescherming in aanmerking komt. Kan de derde met succes een beroep doen op de verlichte onderzoeksplicht van art. 1:92 BW, welk artikel ook goederenrechtelijk wordt gekwalificeerd, of vormt art. 1:116 een belemmering? De echtgenoten hadden immers hun buitenlandse regime in het huwelijksgoederenregister ingeschreven.

Gezien het streven om een gelijke behandeling te geven aan echtgenoten met intern-Nederlandse huwelijksvoorwaarden en echtgenoten met buitenlands huwelijksgoederenrecht, lijkt het mij voor de hand te liggen om dezelfde antwoorden te geven als in het interne geval. In onderdeel 5.1.1 heb ik uitgewerkt dat ingeschreven feiten in het huwelijksgoederenregister van invloed kunnen zijn op de werking van art. 1:92 lid 1 BW. Getransformeerd naar de onderhavige IPR-casus zou dat betekenen dat de koper op de hoogte moet zijn van hetgeen dat in het huwelijksgoederenregister is ingeschreven. Hebben echtgenoten - verdergaand dan de wet van hen eist - ingeschreven dat voor hen de Duitse Gütergemeinschaft met gemeinschaftliche Verwaltung geldt, dan kan de derde mijns inziens geen extra bescherming aan art. 1:92 BW ontleen. Er is immers geen onzekerheid omtrent de bestuursbevoegdheid, nu beide echtgenoten steeds louter tezamen bevoegd zijn.⁷

Staat in het huwelijksgoederenregister minder informatie omtrent het concrete regime binnen het Duitse recht, of hebben echtgenoten alleen ingeschreven dat zij niet naar Nederlands recht zijn gehuwd zoals de wet dat eist, dan lijkt mij wel een rol voor art. 1:92 lid 1 BW te zijn weggelegd. De koper weet dan alleen dat het Nederlandse recht *niet* toepasselijk is, maar concrete aanwijzingen over de bestuursbevoegdheid kan hij daaraan niet ontleen. Hier lijkt mij wel ruimte te zijn voor de toepassing van art. 1:92 BW dat de onduidelijkheid omtrent de bestuursbevoegdheid in die zin kan invullen dat de

5 Deze roeiboot dient als voorbeeld voor een art. 3:86-goed in het algemeen. Zie voor de definitie van deze term onderdeel 3.1.

6 Rapport Staatscommissie, sub 3.4.4., gevolgd door MvT bij de WCHv, p. 20-21. Ook de vraag of iets roerend is of niet wordt door de *lex rei sitae* beantwoord. Zie De Boer, Preadvies NVIR 1990, p. 104.

7 Ik ga er in deze casus van uit dat de boot niet tot het Vorbehaltsgut van een der echtgenoten behoort. Zoals in onderdeel 6.1.1 is uitgewerkt, zou in dat geval de eigenaar exclusief bevoegd zijn, § 1418 lid 3 BGB.

koper de handelende echtgenoot bevoegd mocht achten als deze de roeiboot onder zich had. Dit is alleen anders als bijzondere omstandigheden de koper aan deze bestuursbevoegdheid zouden moeten doen twijfelen.

19.2.2 De derde wil een registergoed verkrijgen van een naar buitenlands recht onbevoegde echtgenoot

Bij verkrijging van een registergoed van een bestuursonbevoegde echtgenoot zal bescherming van de derde niet zo gauw aan de orde zijn. Of er überhaupt ruimte is voor derdenbescherming hangt hier zowel van de inschrijving in het huwelijksgoederenregister alsook in het onroerendgoedregister af. Hierbij kunnen zich verschillende constellaties voordoen.

a. Een minimale inschrijving in het huwelijksgoederenregister

De meest voorkomende variant zal zijn dat in het huwelijksgoederenregister wordt ingeschreven dat echtgenoten niet zijn gehuwd in de Nederlandse wettelijke gemeenschap van goederen. Staat in het onroerendgoedregister dat echtgenoten, gehuwd zijnde in de Duitse Gütergemeinschaft met gemeinschaftliche Verwaltung,⁸ het goed tezamen hebben verkregen dan zal degene die de onroerende zaak van slechts een der echtgenoten geleverd krijgt, niet voor bescherming in aanmerking komen, omdat de goede trouw van de verkrijger door de vreemd-rechtverklaring in combinatie met de informatie uit het onroerendgoedregister is teniet gegaan. De voldoening aan de onderzoeksplicht die uit de summiere inschrijving in het huwelijksgoederenregister voortvloeit, lijkt mij mee te brengen dat de verkrijger onderzoek doet bij de echtgenoten zelf of kennis neemt van hetgeen in het onroerendgoedregister is vermeld. Dat de vermelding in de transportakte een niet-authentiek karakter heeft doet daaraan mijns inziens niet af. Art. 3:23 BW geldt daar niet voor.⁹

Zou de inschrijving in het onroerendgoedregister niets vermelden over de toepasselijkheid van het Duitse huwelijksvermogensrecht, dan zou reeds het feit dat beide echtgenoten als eigenaar zijn vermeld, in combinatie met de inschrijving in het huwelijksgoederenregister voldoende zijn om de goede trouw van de verkrijger teniet te doen, zo komt mij voor.

Stond alleen de man als eigenaar in het onroerendgoedregister vermeld maar viel het huis desondanks in de gemeenschap naar Duits recht, omtrent wier bestaan het onroerendgoedregister volledig zwijgt,¹⁰ dan zou wel een problematische situatie kunnen ontstaan. Het onroerendgoedregister zou in dit

8 Op de vraag of het uitmaakt waar en in welke vorm de informatie omtrent het huwelijksgoederenregime in de transportakte staat, zal hieronder worden besproken bij de variant dat geen inschrijving in het huwelijksgoederenregister heeft plaatsgevonden.

9 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 60.

10 Door zorgvuldig werk van de Nederlandse notaris zal deze variant zich zelden voordoen.

geval slechts de man als eigenaar aanwijzen. In zuiver Nederlandse verhoudingen zou deze inschrijving via art. 3:24 worden 'aangevuld' met de in het huwelijksgoederenregister en het register van de Burgerlijke Stand vermelde gegevens, zodat de koper voldoende informatie zou hebben omtrent de inhoud van de huwelijksvoorwaarden. Bij ons naar Duits recht gehuwde echtpaar ligt dit anders. Gesteld dat zij niet in Nederland zijn gehuwd onder huwelijksvoorwaarden die voor een Nederlandse notaris zijn verleden en in het Nederlandse huwelijksgoederenregister zijn ingeschreven, dan bevindt de derde zich in een gunstiger situatie dan wanneer dit wel het geval zou zijn. Voortbouwend op hetgeen ik reeds in 1993 in het WPNR omtrent dit probleem heb geschreven¹¹ kom ik tot de conclusie dat het feit dat echtgenoten in de Duitse Gütergemeinschaft zijn gehuwd, een inschrijfbaar feit is in de zin van art. 3:17 lid 1 sub a BW.¹² Laten echtgenoten na een inschrijfbaar feit in het register in te schrijven, dan geldt de voor de verkrijger gunstige bepaling art. 3:24: hij wordt tegen het niet-ingeschreven feit beschermd, tenzij hij het *kende*. Daarmee lijkt mij de onderzoeksplicht die uit de 'kale' vreemd-rechtsverklaring voortkomt, buitenspel gezet te zijn. De derde is immers beschermd ex art. 3:24 BW.

Helpt dit de derde in zoverre, dat hij eigenaar kan worden van de onroerende zaak waarover alleen de man heeft beschikt terwijl naar het Duitse huwelijksgoederenregime de vrouw had moeten meewerken? Zoals in onderdeel 3.2.3 is uitgewerkt, kan art. 3:24 zelfstandig werken naast art. 3:88. Dit is van belang omdat art. 3:88 niet beschermt tegen bestuursonbevoegdheid uit het huwelijksgoederenrecht.¹³ Zolang de verkrijger niet daadwerkelijk op de hoogte was van de toepasselijkheid van de Duitse bestuursbeperking, kan hij met een beroep op art. 3:24 inderdaad eigenaar worden van de onroerende zaak. De feiten die hem bekend zijn uit het huwelijksgoederenregister leiden immers niet tot directe kennis van de bestuursonbevoegdheid. Mijns inziens kan met een beroep op art. 3:24 worden voorkomen dat de verkrijger nog nader onderzoek moet instellen op grond van de inschrijving in het huwelijksgoederenregister.

b. De inschrijving vermeldt het regime meer en detail

Is, anders dan in het voorgaande, de inschrijving in het huwelijksgoederenregister zo uitgebreid dat reeds daaruit duidelijk is dat de echtgenoten in de Duitse Gütergemeinschaft zijn gehuwd, en dat uit de daarbij geldende bestuursregeling gemeenschappelijke beschikking als eis voortvloeit, dan kan

¹¹ WPNR 6070 (1993).

¹² Zie omtrent de vraag welke informatie inschrijfbaar is en welke informatie onder de registerbescherming valt, PG Inv. Boek 3, p. 1095-1096; PG Kadasterwet, p. 150 e.v. en Kleijn, *Kón en kán* een koper zich verweren tegen gevolgen van niet-rechercheren?.

¹³ Zie hoofdstuk 3. Art. 3:88 BW beschermt alleen als de oorzaak van de beschikkingsonbevoegdheid ligt in een titel- of leveringsgebrek in een eerdere schakel van de overdrachtsketen.

de derde geen bescherming ontnemen aan art. 3:24 ongeacht de informatie die in het onroerendgoedregister omtrent de bestuursregeling is ingeschreven. Op grond van art. 3:24 lid 2 BW geldt de registerbescherming immers niet voor feiten die in andere registers, waaronder het huwelijksgoederenregister, kunnen worden ingeschreven. Art. 1:116 geeft aan dat alleen ingeschreven feiten aan derden kunnen worden tegengeworpen. Art. 4 WCHv transformeert dit systeem vervolgens naar IPR-verhoudingen. Het gevolg is dat de derde bekend wordt geacht met de in het huwelijksgoederenregister ingeschreven feiten en geen eigenaar kan worden als alleen één echtgenoot de onroerende zaak aan hem heeft geleverd.

19.2.3 De verkrijging van een art. 3:88-goed dat geen registergoed is van een bestuursonbevoegde echtgenoot naar buitenlands recht

Bij deze art. 3:88-goederen geldt de registerbescherming niet. Komt een verkrijger dan nog voor bescherming in aanmerking indien hij te goeder trouw verkrijgt van een bestuursonbevoegde echtgenoot? Art. 3:88 zal hier geen bescherming bieden omdat de oorzaak van de beschikkingsbevoegdheid van de echtgenoot geen titel- of leveringsgebrek in een eerdere schakel is, zoals art. 3:88 eist.

Kan art. 3:36 nog soelaas bieden? Hebben de echtgenoten hun buitenlandse regime in het huwelijksgoederenregister kenbaar gemaakt, zij het in de vorm van een vreemd-rechtverklaring, zij het in meer uitgebreide vorm, dan komen wij mijns inziens aan de toepassing van art. 3:36 niet toe.¹⁴ De echtgenoten hebben immers niet de schijn gewerkt, dat hun rechtsverhouding een andere was dan zij in werkelijkheid was. Ook hier zal de bescherming van de derde stranden.

Deze soort van art. 3:88 BW-goederen zal in het vervolg buiten beschouwing blijven omdat bij deze goederen geen bescherming mogelijk is tenzij een inschrijving in het huwelijksgoederenregister heeft plaatsgevonden. Dit geldt ook in gevallen van een regimewijziging, die in hoofdstuk 21 aan de orde zullen komen.

19.3 De echtgenoten hebben hun buitenlandse huwelijksgoederenregime niet ingeschreven in het huwelijksgoederenregister

In het voorgaande ging ik er steeds van uit dat echtgenoten hun buitenlandse huwelijksgoederenregime hadden ingeschreven in het huwelijksgoederenregister. Het kan ook zijn dat de echtgenoten niet van de regeling inzake de

¹⁴ Art. 3:36 BW lijkt mij in het IPR onder het overeenkomstenrecht te vallen. Dit artikel is dan alleen van toepassing als ex art. 3, 4 e.v. EVO het Nederlandse recht op de obligatoire verhouding tussen de partijen toepasselijk is.

inschrijving op de hoogte zijn, of de inschrijvings‘plicht’ met de ‘Duitse slag’ hanteren, gezien het feit dat in intern-Duitse verhoudingen huwelijksvoorwaarden nauwelijks ingeschreven worden.

19.3.1 Positie van een verkrijger van een art. 3:86-goed

Deze persoon kan, mits de levering van het goed in Nederland plaatsvindt, een beroep doen op art. 3:86 j° 1:92 BW, net als in een intern-Nederlandse casus, als niets in het huwelijksgoederenregister is ingeschreven. De buitenlandse huwelijksvermogensrechtelijke beschikkingsonbevoegdheidsregels deren deze verkrijger niet. Slechts door de wederpartij daadwerkelijk op het bestaan van de bestuursverdeling uit het Duitse recht te wijzen, kan worden voorkomen dat de echtgenoot uit de casus in onderdeel 19.2.1 zonder medewerking van zijn echtgenote de roeiboot kan vervreemden.

19.3.2 Positie van de verkrijger van een registergoed

Deze verkrijger verkeert niet in een even zekere positie als onder 19.3.1. Bij de verkrijging van een registergoed hangt de bescherming immers voor een groot deel van de inschrijving in het onroerendgoedregister af. Is in het register ex art. 3:17 lid 1 sub a BW ingeschreven dat de eigenaren van bijvoorbeeld een bepaald huis zijn gehuwd in de Duitse Gütergemeinschaft met gemeenschappelijke Verwaltung, dan is verkrijging van alleen de man onmogelijk. De derde wordt geacht op de hoogte te zijn van de inschrijving in het onroerendgoedregister. Geldt dit in gelijke mate bij een ‘toevallige’ vermelding in de transportakte waardoor het huis aan het echtpaar was geleverd?

Mijns inziens moet men, voordat men aan de beantwoording van deze vraag toekomt, bekijken, in welk gedeelte van de akte de mededeling omtrent het buitenlandse regime van comparanten voorkomt. Staat zij in de partijverklaring, dan valt zij niet onder de in het register inschrijfbare feiten, en geldt de registerbescherming, en met name art. 3:23 BW, niet.¹⁵ Men kan daardoor geen automatische derdenwerking creëren bij derden die het register niet daadwerkelijk hebben geraadpleegd.

Als men deze mededeling daarentegen aantreft in het authentieke gedeelte van de transportakte waar art. 18 lid 1 Kadasterwet ook vermelding eist van de burgerlijke staat van de comparanten, geeft deze plaatsing haar dan toegevoegde waarde, zodat zelfs bescherming ex art. 3:25 in zicht komt? Dit artikel beschermt verkrijgers van rechten aan registergoederen tegen fouten in authentieke geschriften tenzij zij de werkelijke toestand kenden of door raadpleging van het register hadden kunnen kennen. Op het eerste gezicht zou men dit kunnen aannemen omdat het een feit is dat in het authentieke

¹⁵ Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 60.

deel van de akte voorkomt, voordat de partijverklaring begint. Bescherming van de derde zou dan niet meer mogelijk zijn.

Anderzijds zou men kunnen redeneren dat alleen authentiek is in de akte wat de notaris daarin vermeldt op grond van een opdracht van partijen of wat de wet hem voorschrijft, art. 1 Notariswet. Volgt men deze opvatting dan is het nog maar de vraag of partijen hem hierom hebben verzocht. Het lijkt er eerder op dat de toevoeging, betrekking hebbend op het huwelijksgoederenregime, ongevraagd is ingevuld in het model. Aangezien de wet vermelding hiervan niet eist zou men kunnen redeneren, dat daarom de mededeling omtrent het huwelijksgoederenregime - hoewel deel uitmakend van de overigens authentieke aanhef - toch niet met kracht van authenticiteit is gedaan.

Over dit aspect is mijns inziens nog geen heersende opvatting ontstaan. Mijn persoonlijke voorkeur gaat uit naar de tweede redenering. Op deze wijze wordt voor de overdracht van het huis niet de werking van de bestuursregeling geheel afhankelijk gemaakt van de wijze waarop hiervan aantekening is gemaakt in de vorige transportakte, waar deze informatie ook helemaal niet thuis hoort. Bij een min of meer toevallige vermelding in de akte kan de derde die hiervan niet daadwerkelijk op de hoogte was, geen bescherming worden onthouden op grond van die vermelding.

Neemt men aan dat de vermelding wel kracht van authenticiteit heeft, dan zou dat betekenen dat alles wat daarin staat, aan verkrijgers in spe bekend is, onafhankelijk daarvan of ze het register hebben geraadpleegd of niet, art. 3:23.

Maakt het enig feitelijk verschil, welke van de bovenstaande redeneringen men volgt? In de praktijk zal de notaris vaak de vorige transportakte opvragen om te kijken of deze reden tot twijfels aan een goede overdracht aan de tegenwoordige vervreemder geeft. Staat in die akte een vermelding van het concrete huwelijksgoederenregime van de destijds verkrijgende echtgenoten, dan komt dit bij de recherche bij de verdere vervreemding ter kennis van de notaris. Aangezien deze is gehouden om ervoor te zorgen dat niets mis gaat bij de overdracht van de echtgenoten aan de opvolgende verkrijger,¹⁶ lijkt het mij hier geboden, dat hij de verkrijger van deze potentiële problemen op de hoogte brengt. Geen van de derdenbeschermingsmaatregelen uit afdeling 3.1.2 en elders werkt indien de verkrijger op de hoogte is van de ware stand van zaken. Houdt de notaris zich aan het gebruik, de laatste transportakte op te vragen, dan zal hij daarin zien dat het Duitse huwelijksgoederenregime van de Gütergemeinschaft met gemeinschaftliche Verwaltung meebrengt, dat beide echtgenoten aan de overdracht moeten meewerken. De verkrijger wordt daarvan op de hoogte gebracht en de kansen op ongeldigheid van de overdracht, doordat de andere echtgenoot niet meewerkt, worden daardoor sterk

16 HR 28 september 1990, NJ 1991 473 mnt. EAAL onder nr. 474; zie ook noot EAAL onder HR 1 november 1991, NJ 1992 623.

gereduceerd.

Voor vermeldingen in de transportakte die minder uitgebreid zijn, zal het boven gezegde analoog gelden. Hierbij speelt dan weer een rol dat de buitenlandse gemeenschap van goederen een inschrijfbaar feit is in de zin van art. 3:17 lid 1 sub a.¹⁷ Echtgenoten hebben daar geen gebruik van gemaakt, en de verkrijger komt mijns inziens hier wel een beroep toe op art. 3:24. Dit artikel kent geen nadere onderzoeksplicht. Weet de verkrijger niet dat uit het buitenlandse regime een bestuursbeperking voortvloeit, dan wordt hij hiertegen beschermd.

Art. 3:88 komt ook hier niet verder aan de orde, omdat deze constellaties geen aanleiding geven tot bescherming, zie onderdeel 19.2.3.¹⁸

19.4 Bijzonderheden bij een deelkeuze voor de lex rei sitae voor onroerende zaken

Het verdrag geeft de echtgenoten de mogelijkheid om voor de huwelijkssluiting een rechtskeuze voor de lex rei sitae ten aanzien van hun onroerende raken uit te brengen, art. 3 lid 4 Verdrag. Dit kan ook goederen betreffen die zij na de huwelijkssluiting verkrijgen.¹⁹ Welke effecten heeft deze keuze voor derden die een onroerende zaak willen verkrijgen die onder een dergelijke keuze valt als het een in Nederland gelegen onroende zaak betreft? Bepalend daarvoor is de kenbaarheid van deze keuze. Als echtgenoten een vreemdrechtverklaring in het huwelijksgoederenregister hebben ingeschreven, dan is voor de potentiële verkrijger van een onroerende zaak van een der echtgenoten niets bekend over de dépeçerende rechtskeuze ex art. 3 lid 4 Verdrag. Wel zal hij in dat geval moeten informeren welk recht op het huwelijksgoederenregime van toepassing is. Hij zal langs die weg op de hoogte worden gebracht van deze bijzondere rechtskeuze.

Hebben echtgenoten bij de inschrijving in het huwelijksgoederenregister ook de rechtskeuze voor het (de) onroerende goed(eren) vermeld, dan is deze voor derden eenvoudig kenbaar: de echtgenoten zijn, afhankelijk van de verkrijging, bevoegd om over de onroerende goederen te beschikken, omdat dit voor in Nederland gelegen goederen naar Nederlands recht wordt bepaald. Art. 1:90 BW is hiervoor beslissend; art. 1:97 BW doet - afgezien van een bestuurswisseling of de bijzondere situatie van lid 2 (bestuurswisseling ten gevolge van beroepsuitoefening in een gemeenschapsgoed) - daar geen af-

¹⁷ PG Kadasterwet, p. 150.

¹⁸ Art. 3:36, dat ook van toepassing zou kunnen zijn mits de obligatoire rechtsverhouding door Nederlands recht wordt beheerst, is dan niet nodig omdat ook voor dit artikel een onderzoeksplicht kent. Deze is niet gunstig voor de derde omdat uit de vage vermelding in de vorige transportakte wellicht wel een onderzoeksplicht zou kunnen volgen.

¹⁹ Zie Rapport Von Overbeck, nr. 133 e.v.; onderdeel 17.1.2 van dit boek.

breuk aan.²⁰ Hier treedt het voordeel van de Nederlandse bestuursregeling aan het licht: in beginsel is degene bestuursbevoegd ten aanzien van een goed, die het in formele zin verkregen heeft. Bij onroerende goederen is volgens de Hoge Raad de opnaamstelling beslissend.²¹

Het bovenstaande geldt wanneer op het desbetreffende goed in Nederland de wettelijke gemeenschap van toepassing is. Bij de bespreking van de dépeçerende rechtskeuze in onderdeel 17.1.2 kwamen verschillende situaties aan de orde waarbij niet de wettelijke gemeenschap zou gelden, hoewel een in Nederland gelegen onroerende zaak daarbij betrokken is.

Een van deze situaties zou optreden als men zou aannemen dat een keuze sec niet steeds hoeft te leiden tot toepasselijkheid van het wettelijk stelsel van het land van ligging. Een uitzondering zou bijvoorbeeld denkbaar zijn als de echtgenoten voor hun overige (roerende) vermogen in het kader van de algemeen toepasselijke huwelijksvermogenswet eerder huwelijksvoorwaarden hebben gemaakt. Men zou dan kunnen aannemen dat het materieel aangewezen regime, bijvoorbeeld 'koude uitsluiting', ook zoveel mogelijk moet gelden binnen de dan slechts als kaderwet gekozen *lex rei sitae*. Of en in hoeverre dit kan worden uitgevoerd hangt er dan met name vanaf of de *lex rei sitae* als kaderwet inpassing van het overeengekomen materiële stelsel toelaat. Bij een huis in Nederland is dit geen probleem: de Nederlandse wet laat koude uitsluiting toe. Ook registratie in het huwelijksgoederen- en onroerend-goedregister levert in Nederland geen probleem op. Bij registratie worden derden automatisch 'gewaarschuwd', althans rechtens op de hoogte gebracht.

Zou het bij een in Nederland gelegen onroerend goed ook mogelijk zijn om een rechtskeuze voor de *lex rei sitae* te koppelen aan huwelijksvoorwaarden binnen het Nederlandse recht? Zoals ik aangaf in onderdeel 17.1.2 zou dit bij bepaalde constellaties kunnen misgaan. Met name denk ik daarbij aan het geval dat de rechtskeuze niet algemeen alle in Nederland gelegen onroerende goederen van het echtpaar omvat maar meer concreet is toegesneden op een bepaald object of een bepaalde groep van objecten. Mijns inziens stuit men hier op het vereiste dat huwelijksvoorwaarden een meer algemeen karakter moeten hebben. Hieraan is in dit geval niet voldaan.

Levert dit een ontoelaatbare beperking van de in het verdrag gegeven rechtskeuzemogelijkheden op? Mijns inziens kan de Nederlandse wet, ondanks het feit dat wij het eenheidsstelsel kennen, rechtskeuzes voor slechts enkele in Nederland gelegen goederen niet verbieden. Het verdrag laat dit toe (althans impliciet); Nederland moet zich daaraan houden. Deze verdragsverplichting lijkt mij echter niet zover te gaan dat ook internrechtelijke huwelijksvoorwaardenregels moeten wijken. Heeft men een rechtskeuze uitge-

20 Zie voor de derdenwerking van bestuurswisselingen onderdeel 5.3. Hier maakt het voor de derde geen verschil of hij al dan niet met een IPR-situatie geconfronteerd wordt. Het rechtsgevolg is hetzelfde.

21 HR 2 april 1976, NJ 1976 450 mnt. W(M)K (Modehuis Nolly I).

bracht voor in Nederland gelegen onroerende goederen, dan kan de *lex causae* mijns inziens hierbinnen wel beperkingen aanbrengen.

Hoe is dit voor derden kenbaar? Als hoofdregel moet ook hier worden aangehouden dat de echtgenoten de rechtskeuze in het huwelijksgoederenregister dienen in te schrijven. Aangezien zij modificaties wensen ten aanzien van het voor de onroerende goederen gekozen recht, lijkt het mij voor de hand te liggen dat zij - ook al schrijven zij ten aanzien van de overige goederen een meer algemene vreemd-rechtverklaring in - ten aanzien van hun onroerende goederen in Nederland een expliciete *dépeçerende* rechtskeuze inschrijven, waaraan gekoppeld de huwelijksvoorwaarden binnen het Nederlandse recht. Deze gegevens gelden dan ex art. 3:24 lid 2 BW ook als bekend voor de verkrijger van een dergelijk registergoed.

Kunnen echtgenoten die niet in Nederland wonen maar hier bijvoorbeeld wel een huis hebben, ervoor kiezen om alleen een inschrijving in het onroerendgoedregister te doen, waarin zowel de rechtskeuze alsook de (buitenlandse) huwelijksvoorwaarden worden vermeld? Dit zal ertoe leiden dat het beeld van het onroerendgoedregister een juiste indruk geeft van de goederenrechtelijke verhoudingen, waaruit ook de bestuursbevoegdheid kan worden afgeleid. Dit is voldoende om verkrijgers onder bijzondere titel ex art. 3:24 BW hun goede trouw te ontnemen, hetgeen door werkt bij art. 3:88 BW.²²

Gezien de in hoofdstuk 27 nog te bespreken gevolgen voor de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers is het desondanks niet aan te raden om de vermelding van de rechtskeuze, gecombineerd met de huwelijksvoorwaarden, in het huwelijksgoederenregister achterwege te laten.

19.5 Onzekerheid omtrent het toepasselijke regime bij keuze voor het toekomstige domicilie, art. 3 lid 2 sub 3 Verdrag

De positie van derden in de periode tussen de huwelijkssluiting en de daadwerkelijke verhuizing van een of beide echtgenoten naar het beoogde nieuwe woonland is mijns inziens vergelijkbaar met de positie van derden die te maken hebben met een echtpaar dat staande huwelijk een rechtskeuze uitbrengt, zie hiervoor hoofdstuk 21.²³ Ook dezen kunnen in de tussentijd uitgaan van de gelding van het op dat moment geldende recht, hoewel na de keuze de reeds aanwezige goederen door een ander recht worden beheerst.²⁴

22 Voor bescherming tegen verhaalsacties van schuldeisers is dit niet voldoende, art. 1:116 BW, eventueel in verbinding met art. 5 WCHv analoog. Het betreft hier een geval waar ten aanzien van dit goed Nederlands recht geldt, maar niet het Nederlandse wettelijk stelsel. Dit kan mijns inziens ook worden opgelost aan de hand van art. 1:116 BW sec.

23 Zie daarvoor nader onderdeel 21.1.

24 Rapport Von Overbeck, nr. 131-132; Ten Wolde, *Echtscheiding*Bulletin 1993, nr. 5, p. 12 en Hoofdlijnen, p. 41 in fine; Joppe, losbl. titel 1.7, art. 3 aant. 15.

Verkregen rechten gaan bij inwerkingtreding van het nieuwe recht niet teniet. Ook publicatiemogelijkheden en rechten van derden te goeder trouw moeten mijns inziens analoog worden behandeld aan de situatie die ontstaat indien echtgenoten hun rechtskeuze tijdens huwelijk uitbrengen, zie onderdeel 21.1. Vóór de verhuizing naar een ander land als eerste huwelijksdomicilie zullen zij hun 'tussentijds geldende'²⁵ regime kunnen inschrijven overeenkomstig art. 4 WCHv, ook al geldt na de verhuizing met 'terugwerkende kracht' het gekozen recht. Dat zal steeds een buitenlands rechtstelsel zijn, zodat de inschrijving zelfs nog correct is als dit echtpaar weer naar Nederland terug mocht komen. Indien de verhoudingen andersom liggen - de echtgenoten wonen eerst in het buitenland en komen dan naar Nederland - dan is er geen enkel probleem. Voor de verhuizing zal het meest ingrijpende rechtsgevolg van art. 5 WCHv nog niet gelden, daarna geldt gewoon het Nederlandse regime. Hebben echtgenoten niet het Nederlandse *wettelijke* stelsel gekozen, dan zullen zij dit toch overeenkomstig art. 1:116 BW moeten inschrijven. Zij bevinden zich dan binnen het Nederlandse rechtssysteem.²⁶ Aangezien dit een rechtskeuze is die reeds voor het huwelijk is gemaakt, is mijns inziens - ongeacht de opvatting die men overigens heeft ten aanzien van de werking van art. 8 WCHv²⁷ - geen rechterlijke goedkeuring ex art. 1:119 BW vereist ook al zouden de echtgenoten deze keuze hebben gecombineerd met de internrechtelijke aanwijzing van een keuzestelsel binnen het Nederlandse recht.

25 Strikt genomen geldt achteraf gezien na de verhuizing dit regime niet, omdat de rechtskeuze met terugwerkende kracht geldig is vanaf het moment van huwelijksluiting. Maar voorshands zullen de echtgenoten in afwachting van de vestiging in het buitenland van het objectief geldende, dan wel het subsidiair aangewezen recht moeten uitgaan.

26 Zie in een vergelijkbare situatie bij rechtskeuze staande huwelijk, mijn oplossing voor dit probleem in WPNR 6162 (1994), p. 880.

27 Zie hierover hoofdstuk 17.

Duits IPR: Echtparen in Duitsland met een buitenlands huwelijksvermogensregime door rechtskeuze voor de huwelijksluiting of door toepassing van objectief conflictenrecht

Nadat in het vorige hoofdstuk uiteengezet werd wat de gevolgen voor derden in Nederland kunnen zijn als zij een transactie aangaan met een echtgenoot die naar buitenlands huwelijksgoederenrecht is gehuwd, zal in dit hoofdstuk dezelfde vraag naar Duits IPR voor derden in Duitsland worden behandeld. Het Duitse recht geeft in art. 14 en in art. 15 EGBGB mogelijkheden om een rechtskeuze te doen voor het huwelijksgoederenrecht. In onderdeel 18.3.2 zijn de verschillende modaliteiten uiteengezet. Het belangrijkste verschil tussen de twee artikelen is, dat de keuze van art. 14 in eerste instantie het huwelijksgevolgenrecht betreft die vervolgens doorwerkt in het huwelijksgoederenrecht. De keuze in art. 15 betreft alleen het huwelijksgoederenrecht.

In dit hoofdstuk komen de gevolgen voor derden aan bod als het vreemde recht sedert de huwelijksluiting geldt. In hoofdstuk 22 zullen veranderingen staande huwelijk worden besproken.

20.1 Bronnen van derdenbescherming tegen bestuursonbevoegdheid, veroorzaakt door een buitenlands huwelijksgoederenregime

Evenals in het Nederlandse IPR geldt ook in Duitsland dat bij verkrijging van een beschikkingsonbevoegde, ongeacht de oorzaak van de onbevoegdheid, in de eerste plaats internrechtelijke beschermingsbepalingen kunnen werken indien de overdracht of andere beschikkingshandeling betrekking heeft op een in Duitsland gelegen goed. Hierop is immers volgens de goederenrechtelijke conflictregel de *lex rei sitae* van toepassing, zie onderdeel 18.4.2.¹ De beschermingsbepalingen uit het Duitse interne goederenrecht zijn in Deel I van dit boek uitgebreid behandeld. Daarnaast kent het Duitse recht nog twee IPR-beschermingsbepalingen, art. 12 en 16 EGBGB. Art. 12 EGBGB beschermt tegen manco's in de zogenaamde 'Rechts-, Geschäfts- und

¹ BGH 4 juli 1969, BGHZ 52, p. 240.

Handlungsfähigkeit'. De werking daarvan zal in het volgende onderdeel worden behandeld. Voor meer specifieke huwelijksgoederenrechtelijke onbevoegdheden kan art. 16 lid 1 EGBGB bescherming bieden. Het tweede lid van deze bepaling geeft een begunstigingsregel voor derden te goeder trouw die met de echtgenoten in Duitsland bepaalde transacties verrichten. Als de Duitse bepalingen §§ 1357,² 1362,³ 1431 en 1456⁴ gunstiger zijn voor de derde dan de regels uit het buitenlandse recht, mag hij daarop een beroep doen. Art. 16 lid 1 EGBGB zal worden besproken in onderdeel 20.1.2; lid 2 komt aan de orde in onderdeel 20.4.

20.1.1 Bescherming op grond van art. 12 EGBGB

Deze bepaling beschermt tegen manco's in de zogenaamde 'Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit'. Wat moet men precies verstaan onder deze categorieën? 'Rechtsfähigkeit' is te vertalen met het hebben van rechtspersoonlijkheid.⁵ Dat zal in de regel spelen bij rechtspersonen; natuurlijke personen hebben, mits zij in leven zijn, altijd Rechtsfähigkeit. Problemen hieromtrent zullen zich in het huwelijksvermogensrecht in de hier onderzochte situaties niet voordoen. Ik laat dit onderwerp derhalve verder rusten.

'Geschäftsfähigkeit' is te vertalen met 'handelingsbekwaamheid'. Net als in Nederland wordt deze in het Duitse IPR aangeknoopt aan de nationale wet van de betrokken persoon, art. 7 EGBGB.⁶

Het derde element is de 'Handlungsfähigkeit'. Deze zou kunnen inhouden dat ook familierechtelijke bepalingen die handelingsonbevoegdheid tot gevolg hebben, onder de werking van art. 12 EGBGB vallen. Von Hoffmann geeft hierbij als voorbeeld de toestemmingsvereisten voor bepaalde rechtshandelingen in § 1365 BGB.⁷ Von Bar spreekt van persoonlijke huwelijksgevolgen die niet vallen onder de huwelijksgoederenrechtelijke beperkingen van art. 16 lid 2 EGBGB (zie hieronder), zoals het verbod om een borgtocht aan te gaan ten bate van de andere echtgenoot.⁸ Onduidelijk is hoe dit is te rijmen met de werkingsomvang van het EVO. Art. 12 EGBGB is het in het Duitse recht geïncorporeerde art. 11 EVO. Liessem⁹ is evenmin als Hoffmann van mening dat bij de incorporatie van art. 11 EVO de werkingsomvang is uitgebreid.

Schotten daarentegen meent dat het begrip 'Handlungsfähigkeit' in het

2 Zie hoofdstuk 11.

3 Zie hoofdstuk 14.

4 Zie onderdelen 6.3 en 6.2.

5 Zie Firsching/von Hoffmann, § 7, Randnr. 1-5.

6 Naar Duits IPR wordt hier, net als in Nederland, alleen de algemene handelingsbekwaamheid onder begrepen. De vraag of iemand bijvoorbeeld huwelijksbevoegd is, wordt apart aangeknoopt, zie Baetge, IPRax 1996, p. 185; OLG Düsseldorf 25 november 1994, IPRax 1996, p. 199.

7 Firsching/von Hoffmann, § 7, Randnr. 10. § 1365 BGB is behandeld in onderdeel 13.1.

8 Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 16 EGBGB Rn 87.

9 NJW 1989, p. 500.

Duitse IPR bij natuurlijke personen geen functie heeft en neemt aan dat het begrip door een vertaalfout in art. 12 EGBGB terecht is gekomen.¹⁰

Spellenberg¹¹ neemt aan dat Handlungsunfähigkeit geen apart te beschermen categorie is bij natuurlijke personen. Hij verklaart het feit dat wordt gesproken over manco's in de 'Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit' daarmee, dat dezelfde combinatie voorkomt in het EG-verdrag over de erkenning van rechtspersonen.¹²

Hieruit blijkt duidelijk dat de werkingssomvang van art. 12 EGBGB niet vaststaat. Uit de parlementaire toelichting is hieromtrent helaas niets af te leiden. Gezien de onduidelijke status van art. 12 EGBGB zal ik in het vervolg de mogelijke toepassingen in het IPR-huwelijksvermogensrecht niet verder uitwerken, aangezien de werking ervan bij huwelijksvermogensrechtelijke kwesties door de heersende leer niet wordt erkend. Bovendien is de kans dat een andere rechter art. 12 EGBGB zal toepassen, mijns inziens erg klein.

20.1.2 Voorwaarden voor bescherming van derden ex art. 16 lid 1 EGBGB

Naast het algemene derdenbeschermingsartikel 12 EGBGB kent het Duitse IPR nog een bijzondere huwelijksvermogensrechtelijke derdenbeschermingsregel in art. 16 EGBGB. § 1412 BGB geeft voor het interne recht aan dat echtgenoten alleen aan derden hun van het wettelijke stelsel afwijkende huwelijksgoederenregime kunnen tegenwerpen, als deze hiervan op de hoogte waren of alle relevante informatie omtrent het afwijkende stelsel in het Güterrechtsregister is ingeschreven.¹³ Voor het IPR zegt art. 16 lid 1 EGBGB dat § 1412 BGB overeenkomstig van toepassing is op echtgenoten met een buitenlands huwelijksvermogensregime, indien een van de echtgenoten zijn gewone verblijfplaats heeft in Duitsland of daar een beroep of bedrijf uitoefent. Men zou kunnen zeggen dat art. 16 lid 1 EGBGB een eenzijdige conflictregel geeft voor de toepasselijkheid van § 1412 in IPR-gevallen.¹⁴ Het buitenlandse huwelijksgoederenregime wordt op dezelfde wijze behandeld als een keuzestelsel dat in het interne recht toepasselijk wordt verklaard. Is de derde op de hoogte van het buitenlandse regime of was het regime ingeschreven in het Güterrechtsregister, dan kunnen de echtgenoten de uit dat regime voortvloeiende beschikkingsonbevoegdheid aan de derde tegenwerpen.¹⁵

¹⁰ Schotten, Notarielle Praxis, Randnr. 63, noot 42, met verdere verwijzingen.

¹¹ MünchKomm (Spellenberg), Randnr. 22, 30 bij art. 12 EGBGB; zo ook Von Bar, IPR II, Randnr. 26.

¹² Zie art. 6 van het EG-verdrag Erkenning van vennootschappen en rechtspersonen van 29 februari 1968, niet in werking getreden.

¹³ In onderdeel 6.3 zijn de nadere vereisten voor de inschrijving besproken.

¹⁴ Schotten, DNotZ 1994, p. 676; Von Bar, IPR II, Randnr. 234. Zie hierover nuancerend recentelijk Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 16 EGBGB Rn 17-18.

¹⁵ Zie hierover kritisch Max-Planck-Institut, Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts, Stellungnahme zum IPR-Regierungsentwurf von 1983, RabelsZ 47 (1983), p. 331, waar wordt

Door een aantal auteurs wordt ook vereist dat de rechtshandeling in Duitsland is verricht.¹⁶ Dit volgt impliciet uit de overwegingen in de toelichting op dit artikel:

“Absatz 1 sichert den Schutz des inländischen Rechtsverkehrs dadurch, daß er auf § 1412 BGB verweist. Damit können Ehegatten Dritten im Inland ihren fremden Güterstand nur dann entgegen halten, wenn er im Güterrechtsregister eingetragen ist.”¹⁷

Fischer¹⁸ wijst erop dat dit problemen kan opleveren, omdat bijvoorbeeld niet duidelijk is waar de overeenkomst is gesloten. Men kan ook a contrario redeneren: als de wetgever duidelijk dit feit als vereiste voor bescherming had willen zien, dan had hij dit, evenals in lid 2, duidelijker in de wetstekst moeten zetten.

Indien aan alle voorwaarden voor de bescherming ex art. 16 lid 1 EGBGB is voldaan, gelden de echtgenoten jegens de derde als zijnde gehuwd in de Duitse Zugewinnsgemeinschaft.¹⁹ Praktisch betekent dit dat een derde die wordt beschermd tegen de uit het buitenlandse stelsel voortvloeiende bestuursoverschrijding, in dezelfde positie verkeert als wanneer de echtgenoten naar Duits recht waren gehuwd. Zou de beschikking in dat kader wel rechtsgeldig zijn geweest, dan is zij dat hier ook.

Een eventuele bescherming werkt alleen jegens deze derde en niet ook tussen de echtgenoten zelf of jegens andere derden.²⁰

INSCHRIJVINGSMOGELIJKHEDEN IN HET GÜTERRECHTSREGISTER

De mogelijkheden om het buitenlandse regime aan derden te kunnen tegenwerpen hangt, afgezien van de inschrijvingsmoraal van de echtgenoten, mede af van de daadwerkelijk geboden inschrijvingsmogelijkheden voor het Güterrechtsregister voor zover het buitenlandse goederenregimes betreft.

Echtgenoten kunnen, net als in internrechtelijke gevallen, hun buitenlandse huwelijksgoederenregime in het Güterrechtsregister inschrijven²¹ mits zij wonen in het gebied, Bezirk, waartoe de desbetreffende rechtbank behoort. Inschrijvingen in een verkeerd register hebben geen effect. Bij een gewone

gezegd dat de IPR-regeling die aansluit bij § 1412 BGB een even dode letter zal worden als § 1412 BGB nu al is. De opstellers van deze tekst pleiten ervoor dat alleen rechtskeuzes die uitdrukkelijk aan de wederpartij zijn meegedeeld, jegens deze kunnen worden ingeroepen.

16 Reithmann/Martiny (Hausmann), Rdnr. 1087; Schotten, DNotZ 1994, p. 677-678 en verdere verwijzingen in noot 29 en 49 van zijn artikel; Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 16 EGBGB Rn 30.

17 BT-Drucksache 10/504, p. 59.

18 P. 155 e.v.

19 Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 16 EGBGB Rn 47. Een bijkomend gevolg is dat dan ook de bij dat regime behorende toestemmingsvereisten gaan werken, in plaats van de bij het buitenlandse stelsel behorende regels. Zie Schotten, DNotZ 1994, p. 678. Volgens Von Bar/Mankowski, t.a.p., kan de derde in dit geval kiezen of hij een beroep doet op zijn bescherming of dat hij hiervan afziet ten bate van gelding van het eigenlijk toepasselijke buitenlandse huwelijksvermogensrecht.

20 Schotten, DNotZ 1994, p. 679.

21 Het maakt geen verschil of dit een wettelijk stelsel is of een keuzestelsel uit het buitenlandse recht. MünchKomm (Siehr), Randnr. 16 bij art. 16 EGBGB.

verblijfplaats van tenminste zes maanden in Duitsland²² kan een echtgenoot door middel van een gemeenschappelijk verzoek inschrijving van hun regime in het Güterrechtsregister bewerkstelligen, § 1561 lid 1 BGB.²³ Mocht de ene echtgenoot in Duitsland wonen en de andere niet, dan kan de in het buitenland wonende echtgenoot wederom door middel van een gemeenschappelijk verzoek inschrijving van hun buitenlandse regime in het Güterrechtsregister van de woonplaats van de in Duitsland wonende echtgenoot bereiken. Op deze wijze hoeft hij niet machteloos aan de kant te blijven wachten totdat hij door bescherming van een derde zijn eigen rechten kwijtraakt.

BIJZONDERHEDEN BIJ NIET IN DUITSLAND WONENDE ECHTGENOTEN

Echtgenoten zonder woonplaats in Duitsland kunnen volgens de bovengenoemde regels hun buitenlandse regime niet in een Duits Güterrechtsregister inschrijven. Fischer²⁴ wijst er op dat in deze gevallen wegens de ontbrekende inschrijvingsmogelijkheid ook de derdenbeschermingsmogelijkheid van art. 16 lid 1 EGBGB niet geldt. Verrichten deze echtgenoten in Duitsland een rechtshandeling met een wederpartij die niet op de hoogte is van hun huwelijksgoederenrechtelijke achtergrond, dan staat dit niet in de weg aan een beroep op de daaruit eventueel voortvloeiende bestuursonbevoegdheid.

Von Bar/Mankowski wijzen er mijns inziens terecht op dat de tekst van art. 16 EGBGB aanleiding geeft om deze bepaling ook toe te passen als slechts een der echtgenoten in Duitsland woont, ongeacht of dit de handelende echtgenoot is of niet.²⁵

Op de in de Duitse doctrine besproken theorie dat een wederpartij bij een in Duitsland gesloten overeenkomst steeds mag uitgaan van de gelding van de Duitse Zugewinnngemeinschaft, indien niets in het Güterrechtsregister is ingeschreven, ga ik hier niet verder in. Dat is niet de heersende leer.²⁶

BIJZONDERHEDEN ALS EEN DER IN HET BUITENLAND WONENDE ECHTGENOTEN IN DUITSLAND EEN BEDRIJF UITOEFENT

Als een der echtgenoten 'Kaufmann' is in de zin van art. 4 EGHGB dan is inschrijving van zijn buitenlandse huwelijksvermogensregime mogelijk in het register van de regio waar de bedrijfsuitoefening plaatsvindt.²⁷ Alle andere

22 Deze marge wordt door Staudinger-Thiele, § 1558 Rn 3, genoemd voor de inschrijving in het register ex § 1558 BGB. Deze periode wordt ook aangehouden in het kader van de art. 5 en 16 lid 1 EGBGB waar hetzelfde begrip wordt gebruikt. Zie ook Palandt/Heldrich, Randnr. 10 bij art. 5 EGBGB.

23 Staudinger-Thiele, § 1561 Rn 4.

24 Diss., p. 147.

25 Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 16 EGBGB Rn 20-21.

26 Zie hierover Fischer, diss., p. 156 e.v.

27 De tekst van art. 4 EGHGB luidt: "Die nach dem bürgerlichen Rechte mit einer Eintragung in das Güterrechtsregister verbundenen Wirkungen treten, sofern ein Ehegatte Kaufmann ist und seine Handelsniederlassung sich nicht in dem Bezirke des für den Wohnsitz des Ehemannes zuständigen Registergerichts befindet, in Ansehung der auf den Betrieb des Handelsgewerbes sich beziehenden

echtgenoten die een beroep of bedrijf in Duitsland uitoefenen hebben deze mogelijkheid niet. Dit geldt bijvoorbeeld voor artsen, advocaten, boeren en architecten. Von Bar/Mankowski²⁸ gaan ervan uit dat dit bewust door de wetgever zo is geregeld, omdat hier ook niet dezelfde term is gebruikt als in art. 16 lid 2 EGBGB. Fischer²⁹ daarentegen is van mening dat deze categorie bij een wetswijziging over het hoofd is gezien, en dat dezen ook in het gebied waar zij hun beroep uitoefenen, tot inschrijving van hun regime in het Güterrechtsregister moeten kunnen overgaan. Is inschrijving wel mogelijk dan kunnen zich derden te goeder trouw bij ontbrekende inschrijving op de werking van art. 16 EGBGB j° 1412 BGB beroepen. Oefent een echtgenoot een bedrijf als koopman uit, dan kan ook de andere echtgenoot aandringen op de inschrijving van hun buitenlandse regime. De handelende echtgenoot moet daaraan meewerken, § 1561 lid 1 BGB.

Belangrijk detail is dat de bescherming van art. 16 lid 1 EGBGB j° § 1412 BGB niet alleen geldt voor rechtshandelingen die met de bedrijfsvoering te maken hebben. Verkoopt een echtgenoot-koopman die bedrijfsmatig handelt in tapijten, een duur horloge dan kan de andere echtgenoot zich niet op onbevoegdheid krachtens niet ingeschreven buitenlands huwelijksvermogensrecht beroepen.³⁰

KORTE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKING

De Duitse regeling doet denken aan het Nederlandse art. 4 WCHv, waar een parallel wordt gecreëerd tussen de afwijking van de Nederlandse wettelijke gemeenschap door huwelijksvoorwaarden en het IPR. Als een afwijkend regime is ingeschreven dan kan men volgens de Nederlandse regeling jegens derden in de *verhaalsfeer* een beroep daarop doen, mits aan de verdere vereisten voor toepassing van art. 4/5 WCHv is voldaan. Deze komen erop neer dat beide echtgenoten en de wederpartij van de handelende echtgenoot in Nederland hun gewone verblijfplaats hebben ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling waarvan het verhaalsrecht het gevolg is.

In het Duitse recht leidt niet-inschrijving (hoewel inschrijving mogelijk zou zijn geweest) tot het rechtsgevolg, dat men zich *goederenrechtelijk* niet op zijn buitenlandse regime kan beroepen.

Anderzijds kunnen echtgenoten voor wie de inschrijving niet wettelijk is geregeld, desondanks een beroep doen op de rechtsgevolgen die de gelding van het buitenlandse regime met zich meebrengt. Dit is ook voor Nederlandse echtgenoten het geval.

Rechtsverhältnissen nur ein, wenn die Eintragung auch in das Güterrechtsregister des für den Ort der Handelsniederlassung zuständigen Gerichts erfolgt ist. (...)"

28 Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 16 EGBGB Rn 24-25.

29 Habilitationsschrift, p. 153.

30 Fischer, p. 153.

KAN EEN DERDE VAN BESCHERMING AFZIEN?

Omstreden is of een derde die te maken krijgt met een situatie waarin de rechtshandeling ongeldig is naar het buitenlandse recht, maar naar Duits recht geldig is, ook kan afzien van de bescherming door toepasselijkheid van het Duitse recht. Fischer³¹ ziet geen reden om voor deze situatie geen keuzemogelijkheid toe te staan. Dit is in zijn visie onafhankelijk van de opvatting die men aanhangt ten aanzien van de keuzemogelijkheden in internrechtelijk verband bij § 1412 BGB. Ook uit de geschiedenis van art. 11 EVO kan hij geen argumenten destilleren die het keuzerecht zouden dwarsbomen.

Het dunkt mij dat de motieven van een derde niet terzake doen bij het kiezen voor bescherming. Ook als de derde van de transactie af wil omdat hij bijvoorbeeld elders een betere prijs kan bedingen, lijkt mij een beroep op ongeldigheid van de omstreden transactie mogelijk. De stelling van Fischer, dat dit misbruik van recht zou opleveren,³² lijkt mij niet juist omdat het afzien van bescherming niet alleen het belang van de derde dient, maar ook het juridische belang van de andere echtgenoot die niet zijn eigen recht kwijtraakt. Feitelijk kan de individuele beoordeling van de transactie natuurlijk heel anders zijn, en kan de partner blij zijn dat zijn echtgenoot onbevoegd heeft gehandeld. In dat geval zou de te beschermen partner alsnog zijn toestemming kunnen geven, waardoor de rechtshandeling niet onbevoegd geschiedt. De derde raakt daardoor zijn keuzerecht kwijt omdat er dan sprake is van een geldige rechtshandeling.

Mocht het buitenlandse stelsel de rechtshandeling geldig achten, dan staat voor derden niet meer de mogelijkheid open, om een beroep op de ongeldigheid naar Duits recht te doen. Zij hoeven dan immers niet beschermd te worden tegen een ongeldige rechtshandeling.³³

20.2 Verhouding tussen art. 12 en 16 lid 1 EGBGB

Mocht men ervan uitgaan dat art. 12 EGBGB op de besproken gevallen van toepassing is, kan men zich afvragen, wat de relatie tussen deze twee bepalingen is. Een mogelijkheid, waarvan het LG Aurich uitging, is dat men art. 16 als *lex specialis* ziet, die art. 12 EGBGB aan de kant zet.³⁴

Degenen die naast art. 16 lid 1 EGBGB nog een mogelijkheid voor toepassing van art. 12 EGBGB openlaten, zijn het er wel over eens dat de onderzoeksplicht van art. 12 EGBGB ruimer is dan die van art. 16 lid 1

31 P. 114, met verwijzingen naar oude en recente literatuur.

32 Fischer, p. 118.

33 Fischer, p. 115; Schotten, DNotZ 1994, p. 678 met verdere verwijzingen naar literatuur rond § 1412 BGB.

34 LG Aurich, 23 februari 1990, IPRax 1991, p. 342 met bespreking door Roth, IPRax 1991, p. 322; Schotten, Notarielle Praxis, Randnr. 219 met verdere verwijzingen.

EGBGB.³⁵ Het zal daarom alleen in gevallen dat aan de overige voorwaarden van art. 16 lid 1 EGBGB niet is voldaan, voorkomen dat de derde nog baat kan hebben bij bescherming door art. 12 EGBGB, bijvoorbeeld wanneer de echtgenoot ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling wel in Duitsland aanwezig was, maar daar niet woonde en ook niet zijn bedrijf uitoefende. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om een toerist die in Duitsland een sieraad in onderpand geeft bij een pandhuis terwijl hij daar naar zijn buitenlandse huwelijksgoederenregime niet toe bevoegd is, bijvoorbeeld omdat het buitenlandse recht een cumulatief bestuursregime kent. Zou hij onder de Zugewinn-gemeinschaft wel bestuursbevoegd zou zijn, dan heeft het pandhuis toch een geldig pandrecht verkregen, ervan uitgaand dat aan de overige vereisten voor de verpanding is voldaan.

20.3 Derdenbescherming bij in Duitsland gelegen onroerende zaken

Voor deze materie is in het bijzonder van belang hoe eventuele bescherming, die een derde geniet door art. 16 lid 1 EGBGB,³⁶ is te rijmen met de strenge leer inzake het Grundbuch, behandeld in onderdeel 4.2. Op de inschrijvingen in dat register moeten derden immers min of meer blind kunnen vertrouwen. Deze opvatting heeft tot gevolg dat een derde die alleen afgaat op de Grundbuch-inschrijving en het Güterrechtsregister niet inziet, te goeder trouw kan zijn ten aanzien van de in het eerstgenoemde register vermelde gegevens.³⁷

Schotten³⁸ is van mening dat de Grundbuch-bescherming geen vraag van IPR is, ook al wordt de onbevoegdheid veroorzaakt door een buitenlands huwelijksvermogensregime. Mijns inziens is dat niet juist. Wel is het zo dat bij in Duitsland gelegen onroerende zaken steeds § 892 BGB als vangnet werkt, maar dit is het gevolg van de inhoud van de goederenrechtelijke conflictregel. Het IPR speelt hier mijns inziens wel degelijk op de achtergrond een rol.

Stel dat een derde door art. 16 lid 1 EGBGB wordt beschermd omdat het buitenlandse regime, zoals dat vaak voorkomt, niet in het huwelijksgoederenregister is ingeschreven. Dan kan het voorkomen dat de derde van bestuursbevoegdheid in Duitse zin mag uitgaan terwijl de echtgenoot-wederpartij naar het eigenlijk geldende recht niet bestuursbevoegd is. Indien deze discrepantie optreedt aan de kant van de vervreemder, dan prevaleert art. 16 lid 1 EGBGB

35 Fischer, p. 3 en 45 e.v. met uitgebreide verwijzingen; Liessem, NJW 1989, p. 500.

36 Het hier gezegde geldt overeenkomstig voor de bescherming krachtens art. 12 EGBGB; Wolfsteiner, DNotZ 1987, p. 82-83. Zie ook Schotten, DNotZ 1994, p. 679 e.v., voor de rol van de notaris hierbij.

37 MünchKomm (Siehr), Randnr. 97 bij art. 15 EGBGB; Reithmann/Martiny, Randnr. 1082.

38 DNotZ 1994, p. 675 noot 26.

boven de inschrijving in het Grundbuch.³⁹ Het gevolg is dat de transactie toch geldig is, mits aan alle eisen is voldaan die zouden gelden bij een vervreemder die in de Zugewinngemeinschaft is gehuwd.

In hoeverre is een Duitse notaris verplicht om onderzoek te doen naar eventuele buitenlandse achtergronden van de partijen die ter gelegenheid van een onroerendgoedtransactie voor hem verschijnen? In de regel hoeft hij alleen in het Grundbuch te kijken, zie § 21 BeurkG.⁴⁰ Hij is niet verplicht om in het Güterrechtsregister te speuren om erachter te komen of voor een van de comparerende partijen een buitenlands huwelijksgoederenregime is ingeschreven, tenzij bij de afhandeling van de transactie feiten naar boven komen, die toepasselijkheid van buitenlands huwelijksvermogensrecht voor (een van) de partijen meebrengt. In dat geval is ook voor de partij die het niet betreft, verkrijging krachtens art. 16 lid 1 EGBGB uitgesloten.⁴¹ De notaris is niet verplicht om de voor hem verschijnende partijen te informeren ('belehren') omtrent de inhoud van buitenlands recht, § 17 lid 3 BeurkG.

Mijns inziens is de goede trouw van de wederpartij in de zin van art. 16 lid 1 EGBGB wel tenietgegaan als hij door zijn wederpartij op de hoogte wordt gebracht van de gelding van buitenlands huwelijksgoederenrecht. Pleegt de notaris dan verder onderzoek naar de gevolgen van de toepasselijkheid van het vreemde recht maar slaagt hij er niet in om de gevolgen ervan duidelijk vast te stellen, dan neemt men aan dat de derde wel op de geldigheid van art. 16 lid 1 EGBGB mag vertrouwen. Hij mag er dan van uitgaan dat de bestuursverdeling dezelfde is als bij de Zugewinngemeinschaft. De notaris moet partijen dan wijzen op de (aan die fictie gekoppelde) toepasselijkheid van § 1365 BGB.⁴²

Desondanks ben ik het volledig met Schotten eens dat het beter zou zijn als door een grondiger informatieverschaffing door de notaris aan de echtgenoten dit soort kunstgrepen niet nodig zouden zijn en er zoveel mogelijk op basis van de werkelijke rechtsverhouding wordt gehandeld.⁴³ Zo zijn verkeerde voorstellingen van zaken bij alle betrokkenen het beste te voorkomen.

CONCLUSIE: HET GRUNDBUCH MOET HET MATERIËLE RECHTSGEVOLG VAN DERDENBESCHERMING ACCEPTEREN

Het gevolg van het bovenstaande is dat een gevraagde inschrijving moet

39 LG Aurich, 23 februari 1990, IPRax 1991, p. 341. Is daarentegen het probleem gelokaliseerd bij de verkrijger (hetgeen ik mij in de onderzochte Nederlands-Duitse context maar moeilijk kan voorstellen) dan mag het Grundbuchamt alleen de gevraagde inschrijving weigeren als er duidelijke bewijzen zijn voor dit probleem en de wederpartij hiervan in de zin van art. 12 EGBGB op de hoogte was of had behoren te zijn.

40 Liessem, NJW 1989, p. 500.

41 Palandt/Heinrichs, Randnr. I bij § 21 BeurkG; Schotten, DNotZ 1994, p. 680; Liessem, NJW 1989, p. 500.

42 Dit is een bepaling inzake een toestemmingsvereiste bij bepaalde rechtshandelingen, zie onderdeel 13.1.1.

43 Schotten, DNotZ 1994, p. 682.

worden verricht die vanuit de visie van het Grundbuch niet past bij de eerder ingeschreven feiten maar die wel strookt met de keten van verkrijgingen in goederenrechtelijke zin, inclusief de verkrijgingen op grond van derdenbeschermingsregels. Terecht merkt Roth⁴⁴ in dit verband op dat het Grundbuch het materiële recht inclusief de gevolgen van toepassing van een derdenbeschermingsregel moet volgen en niet mag doorkruisen. Slechts in het geval dat het Grundbuch dreigt te gaan afwijken van de werkelijke goederenrechtelijke situatie, mag een inschrijving worden geweigerd.

Een praktisch gevolg van deze leer is dat in de meeste gevallen, waar geen inschrijving van het buitenlandse regime in het Güterrechtsregister heeft plaatsgevonden en verkrijging bij onbevoegdheid via een derdenbeschermingsmaatregel loopt, het Grundbuch deze verkrijgingen niet kan negeren.

BIJZONDERHEDEN BIJ DE DEELKEUZE VOOR DE LEX REI SITAE

Als echtgenoten een buitenlands huwelijksvermogensregime hebben is het (zoals behandeld in onderdeel 18.3.2 sub b) naar Duits IPR mogelijk om voor in Duitsland gelegen onroerende zaken een deelkeuze uit te brengen voor de lex rei sitae. Stel dat een echtpaar in de Nederlandse wettelijke gemeenschap is gehuwd, maar een keuze ten aanzien van alle Duitse huizen voor het Duitse recht heeft gemaakt. Het gevolg van deze rechtskeuze is dat degene op wiens naam het onroerend goed is gesteld, ook exclusief eigenaar en bestuursbevoegd is, § 1364 BGB. Als de echtgenoten aan de vereisten voldoen, kunnen zij tot een inschrijving in het Güterrechtsregister overgaan waarin hun buitenlandse regime met de deelkeuze staat vermeld. Als de inschrijving om wat voor redenen dan ook niet plaatsvindt, dan maakt dit feitelijk geen verschil. Dit is belangrijk voor in het buitenland wonende echtgenoten met in Duitsland gelegen onroerende zaken omdat zij in de regel geen inschrijving in het Güterrechtsregister kunnen plegen, § 1558 BGB. Zij kunnen ook zonder inschrijving de transacties volgens het werkelijk geldende recht, het Duitse, afwikkelen.

In elk geval is vermelding van huwelijksvermogensrechtelijke gegevens in het Grundbuch niet nodig omdat ten aanzien van de huwelijksvermogensrechtelijke aspecten van het huis toch Duits recht geldt. Dat betekent dat derden ten aanzien van het huis geen kennis hoeven te hebben van het buitenlandse regime van partijen, dat de rest van de goederen beheerst. De voorstelling van de derde stemt in casu overeen met de werkelijkheid.⁴⁵

⁴⁴ IPRax 1991, p. 322.

⁴⁵ De eventuele gevolgen van deze situatie voor de toepasselijkheid van § 1365 BGB en § 147 BGB zullen worden behandeld in hoofdstuk 26.

ENKELE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKINGEN OMTRENT DE INSCHRIJFBAARHEID VAN BUITENLANDSE HUWELIJKSVERMOGENSRECHTELIJKE RECHTSFIGUREN

Het grote verschil tussen het Nederlandse en het Duitse systeem is te verklaren uit de verschillende rol die het Grundbuch speelt vergeleken met die van het Nederlandse onroerendgoedregister. In Duitsland kan een inschrijving in het Güterrechtsregister als het ware worden ‘overruled’ door een afwijkende inschrijving in het Grundbuch; anderzijds moet het Grundbuch zich aanpassen aan verkrijgingsvormen op grond van derdenbeschermingsartikelen. In Nederland is door de koppeling van beide registers door art. 3:17 BW een inschrijving in het huwelijksgoederenregister tegelijk een bekend feit in de zin van het openbaar register. Het kan dus niet voorkomen dat iemand voor het goederenrecht te goeder trouw is terwijl het buitenlandse stelsel in het huwelijksgoederenregister staat ingeschreven.⁴⁶ Wijkt daarentegen in Nederland een inschrijving in het onroerendgoedregister af van het beeld dat het huwelijksgoederenregister geeft, dan kan de verkrijger er zich niet op beroepen dat in het huwelijksgoederenregister een inschrijving ontbrak.

20.4 Een bescherming van andere aard: Art. 16 lid 2 EGBGB j° § 1431/1456 BGB

Indien de bescherming van art. 16 lid 1 EGBGB geen effect heeft gehad, bijvoorbeeld omdat de echtgenoten wel voor de inschrijving van hun buitenlandse regime in het Güterrechtsregister hebben gezorgd, geeft het Duitse IPR nog een anderssoortige derdenbeschermingsregel. Bij gevallen van Gütergemeinschaft behoeft een handelende echtgenoot naar Duits recht geen toestemming van de andere echtgenoot voor zover het handelingen betreft die met zijn Erwerbsgeschäft te maken hebben. Is deze regeling, die in de § 1431 (voor gemeinschaftliche Verwaltung) en § 1456 (voor Einzelverwaltung)⁴⁷ is neergelegd, voor de wederpartij gunstiger dan de regelingen in het eigenlijk toepasselijke recht, dan zijn deze voorschriften toepasbaar indien de wederpartij te goeder trouw is.

Is het bovenstaande van toepassing op een echtpaar dat naar het Nederlandse wettelijk stelsel is gehuwd, maar waar op grond van art. 1:97 lid 2 BW bestuurswisseling heeft plaatsgevonden? Een praktisch voorbeeld zou zijn de tandarts die het bureau van de hand wil doen dat hij in zijn praktijkvoering in Duitsland gebruikt, maar dat oorspronkelijk door de vrouw in de gemeenschap was ingebracht. Nemen wij verder weer aan dat beide echtgenoten in

⁴⁶ Terzijde zij opgemerkt dat het Duitse recht ook nog een veel gedetailleerder inschrijving eist om derdenwerking te krijgen dan de Nederlandse wet. In Nederland kan worden volstaan met de mededeling dat men niet naar Nederlands huwelijksgoederenrecht is gehuwd.

⁴⁷ Zie de onderdelen 6.3 en 6.2 waar de inhoud van deze bepalingen is besproken.

Duitsland wonen. Het bureau wordt verkocht en feitelijk geleverd aan een in Duitsland wonende man die niet weet dat de tandarts in de Nederlandse gemeenschap is gehuwd. Kan de vrouw vervolgens de overdracht aantasten door een beroep te doen op het feit dat naar Nederlands huwelijksvermogensrecht de man alleen tezamen met haar het bureau had mogen vervreemden? Het effect zou dan zijn dat de verkrijger geen eigenaar naar Duits goederenrecht zou kunnen worden, omdat het bureau is 'abhanden gekomen' in de zin van § 935 BGB. De vrouw is immers mede-eigenaar van het bureau naar Nederlands huwelijksgoederenrecht.

Hadden de echtgenoten hun buitenlandse regime niet in het Duitse huwelijksgoederenregister laten inschrijven, dan had de derde ervan uit mogen gaan dat de tandarts naar de Duitse Zugewinnngemeinschaft was gehuwd en beschikkingsbevoegd was als eigenaar van het goed, aldus art. 16 lid 1 EGBGB. Het feit dat de vrouw mede-eigenaar is naar Nederlands recht wordt dan ten gunste van de derde weggedacht.

Als de echtgenoten het feit dat zij naar de Nederlandse gemeenschap waren gehuwd wél laten inschrijven, maar niet de bestuurswisseling, wat zou dan de positie van de derde zijn geweest? De derde had moeten weten dat de echtgenoten naar Nederlands recht waren gehuwd, art. 16 lid 1 EGBGB j° § 1412 BGB. De vraag rijst of de derde dan ook op de hoogte wordt geacht te zijn van de Nederlandse bestuursbepalingen in het geval dat er bestuurswisseling optreedt ten gevolge van de bedrijfsvoering door de echtgenoot die niet (exclusief) bestuursbevoegd is. In beginsel hoeft de bestuurswisseling mijns inziens niet te worden ingeschreven om ook buiten Nederland aan derden te kunnen worden tegengeworpen. Indien echter in Duitsland een derde te goeder trouw is ten aanzien van die bestuurswisseling, dan zou art. 16 lid 2 EGBGB j° § 1431/1456 BGB roet in het eten kunnen gooien. Voorwaarde hiervoor is wel dat het Erwerbsgeschäft in Duitsland wordt uitgeoefend en dat de Duitse regeling gunstiger is. Dit kan men objectief beoordelen op basis van algemene gezichtspunten: gunstiger is het bijvoorbeeld per definitie als een rechtshandeling geldig is in plaats van ongeldig.⁴⁸ Men kan ook kijken naar de concrete uitwerkingen voor deze derde in de specifieke omstandigheden waarin hij zich bevindt.⁴⁹ Mochten de twee rechtsstelsels die in aanmerking komen, voor de derde zowel voor- als ook nadelen hebben dan moet worden gekeken naar de gevolgen in het concrete geval. Een algemene afwijking tussen de twee stelsels zal in de regel nauwelijks mogelijk zijn. Slechts als de rechtshandeling naar beide rechtsstelsels geldig is maar de rechtsgevolgen verschillen, dan mag de derde kiezen op welk rechtsstelsel hij een beroep wil doen.⁵⁰

48 MünchKomm (Siehr), Randnr. 26 bij art. 16 EGBGB; Fischer, p. 167.

49 Kropholler, IPR, p. 322. MünchKomm (Siehr), Randnr. 25 en 25 bij art. 16 EGBGB, noemt deze tweede toets ook maar geeft niet aan hoe deze zich verhoudt tot de abstracte toets.

50 Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 16 EGBGB Rn 55-58.

In dit geval moet men bij een verkrijger die weet dat het bureau in de Nederlandse mede-eigendom van de vrouw viel, mijns inziens voor de toets van wat gunstiger is, afwegen of de Nederlandse bestuursregeling van art. 1:97 lid 2 BW gunstiger is dan de bepalingen § 1431/1456 BGB uit het Duitse recht. Objectief gezien wint het Duitse recht omdat daar de beroepsbeoefenaar veel meer handelingen zelf mag verrichten, daaronder ook beschikkingshandelingen ten aanzien van goederen die bij de beroepsuitoefening worden gebruikt. Voor deze categorie van handelingen eist het Nederlandse recht altijd een gezamenlijk optreden van beide echtgenoten.

Wil de bevoegde echtgenoot deze rechtsgevolgen inperken en zich kunnen blijven beroepen op de 'toestemmingsvereisten' uit het werkelijk geldende recht, dan kan hij de Duitse weg van § 1431 lid 3/1456 lid 3 BGB bewandelen en de beperking in het Güterrechtsregister doen inschrijven.

Indien het eigenlijk geldende recht de rechtshandeling wel geldig acht, heeft de derde de omweg via art. 16 lid 2 EGBGB j° § 1431/1456 BGB niet nodig. Dit geldt zelfs voor het geval dat de buitenlandse gemeenschap van goederen niet in het Güterrechtsregister is ingeschreven.⁵¹

Samenvattend kan het volgende worden vastgesteld. In de Duits-Nederlandse context kan deze bescherming een rol spelen indien de echtgenoot-beroepsbeoefenaar een rechtshandeling verricht, die naar Nederlands recht niet meer onder de rechtshandelingen valt die de ondernemer zelfstandig mag verrichten.⁵² Een voorbeeld daarvoor is, zoals wij hebben gezien, het vreemden of bezwaren van een goed dat bij de bedrijfsuitoefening wordt gebruikt. Naar Nederlands recht neemt men aan dat dit niet behoort tot de gewone bedrijfsuitoefening hetgeen tot gevolg heeft dat deze rechtshandelingen alleen mogen worden verricht door beide echtgenoten samen. Indien de derde hiervan niet op de hoogte is, mag hij ervan uitgaan dat de beschikking geldig is zolang zij valt onder de bevoegdheden die echtgenoten in het kader van § 1431/1456 BGB zijn toegekend.

51 MünchKomm (Siehr), Randnr. 39 e.v. bij art. 16 EGBGB.

52 Zie onderdeel 6.2, waarin is uitgewerkt welke rechtshandelingen naar Duits intern recht de echtgenoot die het beroep of bedrijf uitoefent, zelfstandig mag verrichten.

Veranderingen in het huwelijksvermogensregime of de
bestuursverdeling sec staande huwelijk

Veranderingen in het huwelijksvermogensregime of in de bestuursverdeling staande huwelijk in het Nederlandse IPR

In het Haags huwelijksvermogensverdrag 1978 is van de in Nederland traditioneel geldende onveranderlijkheidsregel in het huwelijksvermogensrecht afgeweken. In hoofdstuk 17 werd een overzicht gegeven van de verschillende wijzen waarop de overgang van het ene naar het andere regime mogelijk is. Bij de bespreking van de rechtsgevolgen voor derden zal eerst de overgang krachtens rechtskeuze worden behandeld, al dan niet in combinatie met huwelijksvoorwaarden. Daarna komen in onderdeel 21.2 de automatische veranderingen op grond van art. 7 Verdrag aan bod. In onderdeel 21.3 volgt bespreking van een ‘remedie’, de zogenaamde ‘behoud-verklaring’, waarna in onderdeel 21.4 de in art. 8 lid 2 Verdrag geregelde bijzondere rechtskeuze na een automatische wijziging wordt besproken. Ook hier is het onderzoek beperkt tot Nederlands/Duitse verhoudingen: de bespreking beperkt zich tot overgangen van het Nederlandse naar het Duitse recht en vice versa.

Voordat in onderdeel 21.6 een voorlopig antwoord wordt gegeven op de vraag: “hebben derden veel te vrezen van het Verdrag 1978?”, zal in onderdeel 21.5 worden bekeken of de uitweg van art. 10 WCHv j° 1:131 BW veel effect zal hebben bij de correctie van niet meer op te lossen bewijsproblemen die door de veranderingen van huwelijksgoederenregimes worden veroorzaakt. De gevolgen op het terrein van de verhaalsmogelijkheden komen in hoofdstuk 27 aan bod.

Bij de bespreking van de verschillende voorbeelden zal ik uitgaan van een echtpaar dat slechts eenmaal gedurende het huwelijk van regime verandert. Alle daarop volgende wijzigingen worden vervolgens uit de behandelde overgangen afgeleid. In dit hoofdstuk wordt geen acht geslagen op eventuele toestemmingsvereisten. Deze zullen worden behandeld in hoofdstuk 25.

In de praktijk zullen zich overigens enkele van de in dit hoofdstuk geschetste problemen slechts zelden voordoen, omdat bijvoorbeeld banken en andere instanties waar het om grotere bedragen gaat, steeds de handtekeningen van beide echtgenoten verlangen, voordat zij uitvoering geven aan rechtshandelingen met echtgenoten.

21.1 Veranderingen op grond van rechtskeuze

In dit onderdeel komen veranderingen van Nederlands naar Duits recht en vice versa aan de orde die staande huwelijk door een rechtskeuze worden veroorzaakt. De echtgenoten kunnen deze rechtskeuze ook combineren met een aanwijzing van een keuzestelsel van het desbetreffende land in huwelijkse voorwaarden. Het is ook in Nederland mogelijk om voor Duits huwelijksvermogensrecht te kiezen indien dit de nationaliteit is van een of beide echtgenoten waardoor een overgang wordt veroorzaakt van Nederlands naar Duits recht. Het omgekeerde is ook mogelijk: gold eerst het Duitse recht, bijvoorbeeld omdat echtgenoten eerder geen gemeenschappelijke nationaliteit hadden en tijdens de huwelijkssluiting in Duitsland woonden, dan is het na de verhuizing naar Nederland mogelijk om voor Nederlands recht te kiezen als tenminste een der echtgenoten hier te lande woont ten tijde van het uitbrengen van de rechtskeuze, art. 6 Verdrag.

21.1.1 Verandering van het Nederlandse wettelijk stelsel naar het Duitse wettelijk stelsel

Deze verandering levert enkele knelpunten op. Voorop gesteld is de bedoeling dat het nieuwe gekozen stelsel vanaf de rechtskeuze alle dan aanwezige goederen omvat, art. 6 lid 3 Verdrag. De nieuw gekozen Zugewinnngemeinschaft gaat uit van gescheiden vermogens, terwijl de meeste goederen die aan de echtgenoten toebehoren, tot dan toe in de gemeenschap vielen. Als echtgenoten zich overeenkomstig de bedoeling van het Verdrag gedragen, zullen zij pogen om zo snel mogelijk die gemeenschap te verdelen, zodat de goederen uit de oude gemeenschap kunnen meetellen bij de vaststelling van de beginvermogens bij de Zugewinnngemeinschaft.

Bij bestudering van de Nederlandse wetgeving blijkt dat de wet de overgang door rechtskeuze die een verandering naar een ander stelsel met zich meebrengt, nergens als beëindigingsgrond van de wettelijke gemeenschap noemt. Sterker nog, van art. 1:99 BW wordt aangenomen dat het een limitatieve opsomming van de beëindigingsgronden geeft.¹ Het zou daarom wenselijk zijn als de wetgever deze lacune zou opvullen, eventueel in de WCHv. Alleen analoge toepassing van art. 1:99 BW kan de echtgenoten uit deze lastige positie redden.² Als ontbinding van de gemeenschap heeft plaatsgevonden, zal verdeling van de gemeenschapsgoederen volgen.³

Zowel volgens Duits als ook volgens Nederlands recht valt de vraag hoe de verdeling moet geschieden, via levering of van rechtswege, onder de lex rei

1 T&C (Breedveld-de Voogd), aant. 1 bij art. 1:99 BW.

2 Dit wordt ook verdedigd voor het Duitse recht; Stoll, diss. p. 87.

3 Asser-Moltmaker nr. 357 met een beroep op HR 29 april 1988, NJ 1989 155 mnt. EAAL, dat dit mijns inziens niet zo duidelijk aangeeft. Als Moltmaker: Keijzer, Preadvies 1989, p. 62.

sitae. De Duitse wet stelt dezelfde eisen hiervoor als de Nederlandse: levering overeenkomstig de voorwaarden die voor overdracht gelden.⁴ De boedelscheiding vormt daarvoor de titel.⁵

Gezien de bedoeling achter art. 6 lid 3 Verdrag lijkt de afwikkeling van de gemeenschap door verdeling de juiste gang van zaken. Droz⁶ noemt, kennelijk geïnspireerd door het Zwitserse recht, de mogelijkheid dat echtgenoten kunnen bepalen dat alle goederen in gewone mede-eigendom aan beide echtgenoten moeten toekomen. Los van de vraag of dit de overgang van een afdeling 3.7.2- naar een afdeling 3.7.1-gemeenschap bewerkstelligt, hetgeen ik bevestigend zou willen beantwoorden, zou dit de bedoeling ondergraven, dat het nieuwe stelsel alle voordien verkregen goederen omvat. In het Duitse stelsel van de Zugewinnngemeinschaft zou anders via een ‘achterdeurtje’ weer een substantieel deel mede-eigendom worden binnengesmokkeld.⁷ Dit deel van ‘oude’ gemeenschappelijke eigendom wordt uit de aard der dingen steeds kleiner naarmate de echtgenoten meer objecten verkrijgen in de Zugewinnngemeinschaft maar het lijkt mij niet de juiste strategie te zijn om de overgang van de wettelijke gemeenschap naar de Zugewinnngemeinschaft af te wikken. Men probeert dan het nieuwe regime als een soort kaderwet te gebruiken voor de bestaande eigendomsverhoudingen ten aanzien van de onder Nederlands huwelijksgoederenrecht verkregen goederen. Verdeling als voorwaarde om naar een splitsingsstelsel over te gaan, blijkt toch noodzakelijk.

Als alle goederen zijn verdeeld, is het aan te bevelen om een beginstaat voor de Zugewinnngemeinschaft op te maken, maar dit is niet verplicht.⁸ Verkrijging ter gelegenheid van de verdeling van de gemeenschap behoeft immers niet te worden meegerekend in de Zugewinnausgleich omdat de goederen waren verkregen onder het daarvoor geldende regime.

Hoewel de vraag welke gevolgen de onderhavige overgang heeft, een beetje buiten het onderhavige onderwerp ligt, lijkt het mij interessant haar toch te stellen. In het bijzonder moet worden bekeken vanaf welk moment de Zugewinn moet worden berekend. Dit tijdstip is belangrijk voor de vaststelling van de omvang van de vergoedingsverplichting. In aanmerking komen mijns inziens de volgende tijdstippen: het begin van het huwelijk (in verband met de ‘terugwerkende kracht’ van de rechtskeuze), of het moment van de overgang. Dit laatste zou men kunnen aannemen in deze constellatie omdat over de daarvoor liggende periode al door de verdeling van de boedel rekening wordt gehouden met de aanwinsten van de echtgenoten sinds het begin van

4 Ten Wolde, Hoofdlijnen, p. 39.

5 Zie Pleysier, De Notarisklerk 1343 (1996), p. 154; nr. 41 in de tekst.

6 Dit is de oplossing die het Zwitserse recht kiest voor de terugwerkende kracht van de wijziging van het regime door verhuizing. Zie IPRG Kommentar, art. 55 (Heini), Randnr. 7. De afwikkeling van het oude regime wordt met opzet achterwege gelaten.

7 Dit is ongewenst zoals bleek bij de behandeling van het arrest van het BGH inzake de goederenrechtelijke gevolgen van § 1357 BGB, zie onderdeel 13.2.

8 Palandt/Diederichsen, Randnr. 1 bij § 1377 BGB.

het huwelijk. Een groot nadeel kleeft aan deze opvatting: ook het verschil in beginvermogens wordt zo meegenomen in de verdeling, terwijl dit in het internrechtelijke geval dat de Zugewinnngemeinschaft van het begin van het huwelijk af aan had gegolden, niet zou zijn meegenomen in de berekening van de Zugewinnausgleich. Dit lijkt mij niet de juiste weg. Laten wij dit eens in een voorbeeldcasus bekijken.

Gaan wij ervan uit dat de man bij het begin van het huwelijk f 10.000 had, en de vrouw f 15.000, dan levert dan een gemeenschappelijk vermogen van f 25.000 op. Als de vrouw tijdens de huwelijksgemeenschap er per saldo f 10.000 bij krijgt, en de man f 35.000 dan levert dat een gemeenschappelijk vermogen van f 70.000 op. Bij de verdeling van de gemeenschap naar gelijke delen zullen beide partners elk f 35.000 krijgen.⁹

Als dit als begintoestand van de Zugewinnngemeinschaft wordt aangenomen, dan zou bij een eindtotaal van de vrouw van f 100.000 en van de man van f 150.000 de volgende berekening plaatsvinden. De vrouw heeft er f 100.000 - f 35.000 = f 65.000 bij gekregen; de man f 150.000 - f 35.000 = f 115.000. Gezamenlijke winst is dan f 65.000 + f 115.000 = f 180.000. De man zou dan naar Duits recht de helft van het verschil tussen zijn en haar winst, f 25.000, aan de vrouw moeten uitkeren. De vrouw zou dan evenveel overhouden als de man, namelijk f 125.000. Deze berekening past bij de verdeling van een goederengemeenschap waar het niets uitmaakt, wie welke goederen wanneer in het huwelijk inbrengt. Doordat na de boedelscheiding beide echtgenoten evenveel hebben, en de verschillen in de nadien behaalde netto-winst worden weggenomen door de Zugewinnausgleich, houden beide partners per definitie evenveel over.

Als men daarentegen het hele huwelijkse traject meeneemt, dan ziet het er anders uit: de vrouw heeft aan de totale vermogenstoename van f 225.000, f 75.000 (f 10.000 + [f 100.000 - f 35.000]) bijgedragen. De man heeft f 35.000 + (f 150.000 - f 35.000) = f 150.000 winst behaald. Dat betekent dat de man de helft van het verschil van de toenamen, f 75.000 (f 150.000 - f 75.000) : 2 = f 37.500, gecorrigeerd met de eerdere toedeling, moet uitkeren aan de vrouw. Zij heeft dan een eindsaldo van f 100.000 + f 27.500 = f 127.500; de man heeft f 150.000 - f 27.500 = f 122.500. Het verschil in de beginvermogens blijft zichtbaar, terwijl de verrekening van de beginvermogens en hetgeen tijdens de goederengemeenschap per saldo overbleef, niet meer zichtbaar is. Deze uitkomst past beter in het concept dat de Zugewinnngemeinschaft alle op het moment van de overgang aanwezige goederen moet omvatten.

9 Voor de eenvoud nemen wij aan dat echtgenoten geen privégoederen hebben. Anders lopen deze gewoon naast de gemeenschap en wordt na inwerkingtreding van de Zugewinnngemeinschaft de uit deze goederen voortvloeiende winst meegenomen in de berekeningen van de Zugewinnausgleich, tenzij deze erbuiten vallen op grond van de Duitse wet, zie bijvoorbeeld Palandt/Diederichsen, Randnr. 3 e.v. bij § 1375 BGB.

Het grote praktische probleem bij deze, mijns inziens dogmatisch wel correcte, opvatting bestaat daarin dat de Zugewinngemeinschafts-bepalingen niet voor niets een vermogensopstelling ten tijde van het begin van het regime eisen. De bedoeling is immers om de vermogenstoename, (verminderd met de zuiver inflatoire waardeinstijgingen) te verdelen, zie § 1374-1378 BGB.¹⁰ Echtgenoten die hun huwelijk zijn begonnen met de Nederlandse wettelijke gemeenschap zullen geen beginstaat van hun vermogens op het moment van de huwelijksluiting hebben opgemaakt. De vaststelling van de omvang van de verrekeningsvordering is daardoor niet mogelijk. De bestuursverdeling tussen de echtgenoten zal door de regel van art. 1:97 lid 1 BW wellicht enig houvast kunnen bieden, maar alles beslissend kan dit niet zijn. De echtgenoten zullen vaak niet meer weten van welke zijde iets in de gemeenschap is gevallen. Bij een korte huwelijksperiode voor de rechtskeuze zijn wellicht nog bankafschriften voor saldo-informatie voorhanden; men weet nog van wie de kast was geweest, om een voorbeeld te noemen, maar bij lange periodes tussen de huwelijksluiting en de rechtskeuze zal deze informatie vaak niet meer voorhanden zijn.

Een praktische conclusie van het hier uitgewerkte kan mijns inziens zijn, dat theoretisch de Zugewinnausgleich moet worden berekend over de gehele huwelijksperiode, waarbij de voor de huwelijksluiting aanwezige vermogensbestanddelen niet meegerekend mogen worden. Is dit niet meer na te gaan en ontbreekt derhalve de waardebeoordeling van het aanvangsvermogen, dan blijft als enig mogelijke oplossing over dat de waarde van het aanvangsvermogen voor de Zugewinnsgemeinschaft wordt bepaald nadat de verdeling van de gemeenschap is afgerond. Daarin zijn dan ook de voorhuwelijksvermogensbestanddelen der echtgenoten begrepen, maar dit laat zich mijns inziens niet vermijden.

GOEDERENRECHTELIJKE GEVOLGEN VOOR DERDEN VAN DEZE RECHTSKEUZE EN BOEDELVERDELING

Welke gevolgen heeft de verandering van de beschikkingsbevoegdheid door de ontbinding van de gemeenschap? Als echtgenoten de rechtskeuze in het huwelijksgoederenregister hebben ingeschreven dan moeten derden in ieder geval weten dat alle nadien verkregen goederen privé-eigendom zijn en onder het bestuur staan van de eigenaar. Ten aanzien van de oude gemeenschapsgoederen wordt de beschikkingsmacht in de overgangsfase, voordat de boedelscheiding is geëffectueerd, beheerst door art. 3:189 j° 3:170 BW. Dit zal in de praktijk waarschijnlijk tot problemen aanleiding geven omdat derden niet van de gezamenlijke bestuursmacht op de hoogte zijn. In dat geval zullen zij zich, indien de ontbrekende bestuursmacht bij de echtgenoot-vervreemder niet door volmachten is aangevuld, op de derdenbeschermingsmaatregelen

¹⁰ Zie Palandt/Diederichsen, Randnr. 11-12 bij § 1376.

beroepen. Vooral bij roerende zaken zal art. 1:92 lid 1 BW daarbij corrigerend werken. Deze situatie verschilt niet in belangrijke mate van andere gevallen van de ontbinding van een huwelijksgemeenschap.

Na de boedelscheiding is alles privé en is de echtgenoot-eigenaar in dezelfde mate bevoegd om over zijn goederen te beschikken als een echtgenoot die in een Nederlands scheidingsstelsel is gehuwd wanneer men de bijzondere toestemmingseisen buiten beschouwing laat.

21.1.2 Overgang van het Duitse wettelijk stelsel naar het Nederlandse wettelijk stelsel

Indien echtgenoten tengevolge van een rechtskeuze overgaan van de Zugewinnngemeinschaft, een stelsel van scheiding van goederen, naar dat van de Nederlandse wettelijke gemeenschap van goederen,¹¹ dan vallen de goederen der echtgenoten in de gemeenschap¹² tenzij zij verknocht zijn of op grond van een uitsluitingsclausule privé blijven, art. 1:94 lid 3. In beginsel moet het oude stelsel worden afgerekend.¹³ Dat houdt in dat de Zugewinn over de periode dat de Zugewinnngemeinschaft het regime van partijen beheerste, moet worden vastgesteld, zo ook § 1372 BGB. Terugwerkende kracht van de rechtskeuze in de zin dat verrekening achterwege blijft zou volgens Henrich in strijd zijn met het Duitse interne recht.¹⁴ Het lijkt mij juist dat de rechtstoepasser in Nederland de Duitse leer hierin volgt. De betaling van de Zugewinnausgleich heeft geen gevolgen voor de eigendomssituatie omdat de voldoening uit gemeenschapsgoederen zal geschieden, maar door de betaling verandert wel het bestuur over de goederen. De goederen die worden overgedragen aan de andere echtgenoot ter voldoening aan de Zugewinnausgleich vallen dan onder het bestuur van de schuldeiser van de 'Ausgleichsforderung'.

IPR-PROBLEMEN TEN AANZIEN VAN GOEDEREN DIE NORMAAL ONDER UITSLUITING WORDEN VERERFD OF GESCHONKEN

Bij deze overgang kunnen problemen ontstaan bij erfenissen en schenkingen¹⁵ die in Nederland onder uitsluitingsclausule plegen te geschieden. Het kan voorkomen dat erflaters en schenkers het niet nodig hebben geacht om een uitsluitingsclausule in hun wilsverklaring op te nemen, omdat het echtpaar waarvan een der echtgenoten erfgenaam dan wel begiftigde is, nog in de Zugewinnngemeinschaft is gehuwd. Een uitsluitingsclausule ligt dan niet voor

11 Zie voor de vraag of men door een rechtskeuze sec overgaat naar het wettelijk stelsel van de gekozen wet, onderdeel 17.1.2.

12 Zo ook Droz, *Revue critique* 1992, p. 656, nr. 45.

13 Rapport Von Overbeck, nr. 72.

14 Referaat op het Lausanner Kolloquium, p. 109.

15 In het navolgende zal voor erfopvolging al dan niet onder uitsluitingsclausule ook de schenking begrepen worden.

de hand.¹⁶

Anderzijds is de gemeenschap van goederen als keuzestelsel ook in het Duitse interne recht bekend en is het ook daar mogelijk om buiten de gemeenschap te vererven, § 1418 lid 2 BGB. Als een erflater wil voorkomen dat zijn goederen ooit mede aan de echtgenoot van de erfgenaam toekomen, dan moet hij een uitsluitingsclausule in zijn testament opnemen. Via uitleg zal men naar mijn mening deze clausule moeten opvatten in die zin dat deze voor alle mogelijke gemeenschappen van goederen geldt, hetzij ontstaan via huwelijkse voorwaarden naar Duits recht, hetzij door een rechtskeuze voor een buitenlands rechtstelsel. Ook al noemt een erflater bijvoorbeeld de Duitse bepaling inzake uitsluitingsclausules, dan moet deze mijns inziens ook worden toegepast als het een gemeenschap van goederen naar Nederlands recht betreft, tenzij de erflater duidelijk heeft aangegeven, dat zijn uitsluitingswil zich beperkte tot de Duitse gemeenschap van goederen.

GOEDERENRECHTELIJKE GEVOLGEN VAN DE OVERGANG

In de meeste gevallen maakt het voor de verdeling van de bestuursmacht geen verschil, dat de echtgenoten door een rechtskeuze naar de wettelijke gemeenschap van goederen zijn overgegaan. Ook de registratie van deze feiten in het huwelijksgoederenregister en het onroerendgoedregister doet daar niets aan af. Ten aanzien van het laatstgenoemde register is immers de tenaamstelling ook beslissend voor de bestuursmacht.¹⁷

BIJZONDERHEDEN BIJ DE BESTUURSWISSELING EX ART. 1:97 LID 2 BW

Slechts in het geval dat er een bestuurswisseling ex art. 1:97 lid 2 BW heeft plaatsgevonden (zie hoofdstuk 6), zal de bestuursmacht bij de andere echtgenoot terechtkomen. Kan de echtgenoot wiens goed op deze wijze aan zijn bestuursareaal is toegevoegd, hierop een beroep doen jegens personen, die een goed dat voor de bedrijfsvoering wordt gebruikt, van de andere echtgenoot hebben verkregen? Hierbij moet men een onderscheid maken tussen verschillende situaties:

- a. Uit de (verouderde) inschrijving in het huwelijksgoederenregister blijkt gelding van buitenlands recht

In dit geval weet de verkrijger dat de echtgenoot van wie hij het (register)-goed verkreeg, dat buitenlands huwelijksgoederenrecht toepasselijk is (geweest). Bij nadere informatievervalsing zal de echtgenoot aan de derde desgevraagd meedelen wat de stand van zaken is. Hierdoor weet de derde dat

16 Met name komt in Duitsland de Gütergemeinschaft in meer agrarisch georiënteerde samenlevingen voor. Daarbuiten is het niet erg voor de hand liggend dat een echtpaar ineens onder de (Nederlandse) gemeenschap van goederen valt.

17 Zie voor internrechtelijke details de hoofdstukken 1 en 3.

een eventuele opnaamstelling van het goed niet overeenstemt met de bestuursverdeling.

b. De gelding van buitenlands recht was ingeschreven; daarna heeft vermelding van de rechtskeuze in het register plaatsgevonden

Anders dan bij a. is de positie van de derde dezelfde als in het internrechtelijke geval dat voor echtgenoten een bestuurswisseling optreedt. Ik verwijs voor de uitkomst naar de beschouwingen hierover in Deel I, onderdeel 5.3.

21.1.3 Verandering van het wettelijk stelsel van de Nederlandse gemeenschap van goederen naar het Duitse keuzestelsel van Gütertrennung

VERANDERINGEN DOOR RECHTSKEUZE IN COMBINATIE MET HUWELIJKSE VOORWAARDEN

Deze overgang, evenals enkele van de hierop volgende, impliceert een combinatie van een rechtskeuze met huwelijkse voorwaarden, waarin echtgenoten te kennen geven niet naar het wettelijk stelsel, i.c. de Zugewinnngemeinschaft, maar naar een Duits keuzestelsel gehuwd te willen zijn. Of dit mogelijk is en wat daarvan de rechtsgevolgen zijn, is reeds besproken in onderdeel 17.1.2.

GEVOLGEN VOOR DERDEN VAN DE OVERGANG VAN DE NEDERLANDSE GEMEENSCHAP NAAR DE DUITSE GÜERTRENNUNG

Voor deze verandering, die ook inhoudt dat een overgang plaatsvindt van gemeenschap naar een stelsel van scheiding van goederen geldt in beginsel hetzelfde als onder 21.1.1. Het verschil dat bestaat tussen de Zugewinnngemeinschaft en de Gütertrennung, de verrekening van de wederzijdse vermogensaanwas, treedt pas na het einde van het stelsel naar voren.¹⁸ De genoemde problemen bij de verdeling van de gemeenschap vinden wij hier ook.¹⁹

21.1.4 Verandering van de Duitse Gütertrennung naar de Nederlandse gemeenschap van goederen

Deze overgang kan alleen worden bereikt als de echtgenoten bij de rechtskeuze aangeven dat zij de overgang wensen naar het wettelijk stelsel van het gekozen recht. Anders zou in dit geval de gekozen wet alleen als kaderwet gelden voor de eerder in huwelijksvoorwaarden overeengekomen koude uitsluiting naar Duits recht, zie onderdeel 17.1.2. Verder verloopt deze overgang analoog aan die van de Zugewinnngemeinschaft naar de Nederlandse

¹⁸ Het andere verschil tussen de twee stelsels, de toestemmingsvereisten bij de Zugewinnngemeinschaft die de Gütertrennung niet kent, komt aan de orde in de hoofdstukken 13 en 26.

¹⁹ Of deze rechtskeuze in combinatie met huwelijkse voorwaarden ook in Duitsland wordt erkend, zal worden besproken in het volgende hoofdstuk.

gemeenschap van goederen, zie onder 21.1.1, waarbij natuurlijk de eindafrekening van de Zugewinnngemeinschaft wegvalt.

21.1.5 Verandering van de Nederlandse wettelijke gemeenschap naar de Duitse Gütergemeinschaft

Bij deze verandering zal men, tenzij echtgenoten dit in de huwelijkse voorwaarden anders aangeven, er vanuit mogen gaan dat de gemeenschappelijke goederen naar Nederlands recht ook tot de nieuwe Gütergemeinschaft zullen behoren. De goederen die onder uitsluitingsclausule naar Nederlands recht zijn vererfd of geschonken, komen volgens de Duitse regel van § 1418 lid 2 BGB in het Vorbehaltsgut van de desbetreffende echtgenoot terecht. Strikt genomen staat in deze bepaling dat alleen Vorbehaltsgut wordt, waarvan de erflater heeft bepaald dat het Vorbehaltsgut moet zijn. Maar als echtgenoten eerst in de Nederlandse gemeenschap van goederen waren gehuwd, zal in het testament een uitsluitingsclausule kunnen voorkomen die is geënt op het Nederlandse recht. Via aanpassing moet mijns inziens dan naar de ratio en functie van de bepaling worden gekeken waardoor de werking van de bepaling duidelijk wordt: het goed dient buiten enigerlei gemeenschap tussen de erfgenaam en zijn echtgenoot te blijven. Aangezien dit soort clausules in het Duitse recht ook voorkomt maar dan valt binnen de aanwijzing van § 1418 lid 2 BGB, moet hier aan de Duitse uitsluitingsclausule het effect worden toegekend dat het goed in het Vorbehaltsgut van de echtgenoot-erfgenaam valt.

Verknochte goederen zullen naar hun aard waarschijnlijk vooral Sondergut worden, mits zij aan de Duitse definitie voldoen. Als dat niet zo is, en echtgenoten deze goederen buiten de gemeenschap wensen te houden, dan moeten zij hen in de huwelijkse voorwaarden tot Vorbehaltsgut bestemmen.

GEVOLGEN VOOR DE BESTUURSBEVOEGDHEID

Zoals al bleek uit de bespreking van het interne recht in hoofdstuk 6, verschilt de Duitse gemeenschap van goederen op dit punt nogal radicaal van de Nederlandse. Vanaf het moment dat de rechtskeuze met huwelijkse voorwaarden in werking treedt, geldt gemeinschaftliche Verwaltung, tenzij echtgenoten een van hen tot Einzelverwalter hebben benoemd. Voor derden kan dit tot gevolg hebben, dat een voordien exclusief bevoegde echtgenoot deze bevoegdheid verliest, indien zij gemeinschaftliche Verwaltung krijgen of de andere echtgenoot tot Verwalter is benoemd. Ten aanzien van roerende zaken in Nederland wordt de derde beschermd door art. 1:92 BW,²⁰ voor register-

20 Omtrent de toepasselijkheid van art. 1:92 BW bij vorderingen op naam, zie onderdeel 3.2.2. De onderhavige opstelling toont aan dat derden beschermd moeten worden als degene op wiens naam de vordering staat niet bestuursbevoegd is. Als men de uitbreiding van de werking van art. 1:92 BW afwijst, zou men een vergelijkbaar resultaat kunnen bereiken via art. 3:36 BW mits Nederlands recht de obligatoire verhouding beheerst. Dit artikel valt mijns inziens onder het IPR-overeenkomstenrecht. Aan de voorwaarden van bescherming langs de weg van art. 3:88 BW is niet voldaan.

goederen geldt de registerbescherming van Boek 3 BW, omdat de verkrijging van de goederen door een derde valt onder de goederenconflictregel. Als echtgenoten in het huwelijksgoederenregister, ex art. 4 WCHv, en/of het onroerendgoedregister, op grond van art. 3:17 lid 1 sub a BW, melding hebben gemaakt van de gelding van het nieuwe stelsel, kunnen zij de bijbehorende bestuursregel aan derden tegenwerpen. Hebben zij generlei inschrijving doen verrichten, dan zullen derden worden beschermd op grond van art. 3:24 voor registergoederen. Zij kunnen voor in Nederland gelegen goederen uitgaan van de Nederlandse bestuursbepalingen en van de correcties daarop.

21.1.6 Verandering van de Duitse Gütergemeinschaft naar de Nederlandse gemeenschap van goederen

In beginsel zullen alle goederen uit de Duitse naar de Nederlandse gemeenschap overgaan. Echtgenoten zullen er rekening mee moeten houden dat het Nederlandse recht geen aparte categorieën van Vorbehalts- en Sondergüter kent, alleen de privégoederen van art. 1:94 lid 3. De Vorbehalts- en Sondergüter van de Duitse gemeenschap van goederen worden door de beëindiging van dat stelsel automatisch privé-eigendom, zie onderdeel 9.5. Daarna wordt naar Nederlands recht bekeken of zij vallen onder de uitzondering van art. 1:94 lid 3 en privégoed blijven naar Nederlands recht, of dat zij door de magnetische werking van de Nederlandse gemeenschap van goederen daarin terecht komen. De Vorbehaltsgüter van § 1418 lid 2 vallen onder de Nederlandse definitie van art. 1:94 lid 3: onder uitsluitingsclausule verkregen en verknochte goederen. Voor het overige zal de aanwijzing van Vorbehaltsgut in huwelijksvoorwaarden bij de overgang naar de Nederlandse gemeenschap van goederen geen rol meer spelen, omdat het Nederlandse interne recht (behoudens de mogelijkheid van beperkte gemeenschappen die de praktijk creëert) geen partijautonomie op dit punt toelaat. Als echtgenoten naar Duits recht een beperkte gemeenschap hadden gecreëerd door een groot deel van hun bezittingen in het Vorbehaltsgut onder te brengen, dan zullen de goederen uit de Duitse gemeenschap samen met alle niet onder art. 1:94 lid 3 BW vallende goederen in de Nederlandse wettelijke gemeenschap terechtkomen. Echtgenoten kunnen dit voorkomen door de wettelijke gemeenschap te beperken tot bijvoorbeeld de inboedel. Aangezien ik mij bij mijn onderzoek richt op de hoofdvarianten van de verschillende stelsels, laat ik deze variant buiten beschouwing.

Sondergüter blijven onder het bestuur van de vroegere echtgenoot-eigenaar en worden verder net als andere onoverdraagbare goederen behandeld. Het

zal er vaak op neer komen dat zij als verknochte goederen tot het privévermogen van de rechthebbende gaan behoren.²¹

GEVOLGEN VAN DE OVERGANG VOOR DE BESTUURSBEVOEGDHEID

Deze overgang heeft altijd gevolgen voor de beschikkingsbevoegdheid van echtgenoten, omdat het Nederlandse recht een geheel andere wettelijke bestuursregeling kent. Voor de relatie tussen de echtgenoten en derden is weer van belang wat in het huwelijksgoederenregister is ingeschreven. Als echtgenoten geen verklaring omtrent de toepasselijkheid van buitenlands recht hadden ingeschreven, is de situatie relatief eenvoudig: als derden niets weten van het eerder toepasselijke buitenlandse recht, dan mogen zij uitgaan van het feit dat de echtgenoten in de Nederlandse wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd. Dit strookt nu ook met de werkelijkheid. Zij hoeven zich niets aan te trekken van de eerdere Duitse gemeenschap. De bestuursbevoegdheid richt zich volledig naar Nederlands recht.

Indien wel de vreemd-rechtverklaring van art. 4 WCHv is ingeschreven, maar de wijziging naar de Nederlandse gemeenschap niet, dan kunnen van de overgang onkundige derden uitgaan van de Duitse gemeenschap, als deze expliciet in het register stond. Daarnaast gelden de goederenrechtelijke beschermingsbepalingen van de Nederlandse *lex rei sitae* indien de echtgenoten een bestuurshandeling zouden verrichten waartoe zij naar het huwelijksvermogensrecht van beide rechtstelsels niet bevoegd zouden zijn. Bij bevoegdheid naar Nederlands recht hebben derden immers geen bescherming nodig. Was alleen een algemene verklaring ingeschreven, dan neem ik wederom een onderzoeksplicht van de derde aan, die dan achter de ware verhoudingen zal moeten komen.

Echtgenoten konden ook expliciet de Duitse gemeenschap met bestuursverdeling inschrijven in het onroerendgoedregister, art. 3:17 lid 1 sub a BW, aangezien de bestuursverdeling een feit is dat relevant is voor de rechtstoestand van het goed. Bij de overgang dient een correctie van de inschrijving plaats te vinden. Als echtgenoten eerst met gezamenlijke bestuursbevoegdheid waren gehuwd, dan leidt de overgang tot bestuursbevoegdheid van degene op wiens naam het registergoed staat.²² Gold voordien exclusieve bestuursbevoegdheid van een van hen, dan hangt de bevoegdheid na de overgang wederom van de tenaamstelling af.

21.1.7 Verandering van de Nederlandse scheiding van goederen naar de Duitse Zugewinnngemeinschaft

In dit geval verandert er niets in de bestuursbevoegdheid, omdat echtgenoten

21 Vergelijk de definities van *Sondergut* in bijvoorbeeld Palandt/Diederichsen, Randnr. 2 bij § 1416 BGB, en Klaassen-Eggens-Luijten, p. 90 e.v. over verknochte goederen.

22 *Modehuis Nolly I*, HR 2 april 1976, NJ 1976 450 mnt. WMK.

heer en meester zijn over hun eigen goederen en dat ook blijven.²³ Zij kunnen ook slechts hun eigen goederen binden.

PRAKTISCHE OVERGANGSPERIKELN

Ik vraag mij af of ook hier, analoog aan het geschrevene in onderdeel 21.1.1, altijd moet worden aangenomen dat de Zugewinnausgleich moet worden berekend naar de vermogensverhoudingen bij het begin van het huwelijk. Het lijkt mij terecht om een onderscheid te maken naar het exacte karakter van het Nederlandse stelsel. Bij 'koude uitsluiting'²⁴ hadden de echtgenoten immers, anders dan in het geval van een overgang van gemeenschap naar Zugewinnngemeinschaft, geen vermogensverschuivingen onderling bedoeld, ook niet via verdeling van de gemeenschap. Ik denk dat het daarom logischer zou zijn om in dat geval de Zugewinnausgleich alleen te berekenen over de periode dat de Zugewinnngemeinschaft geldt.

Hadden echtgenoten wel een verrekenstelsel afgesproken, dan hangt het ervan af of feitelijk berekening van de Zugewinnausgleich mogelijk is. Bij echtgenoten die een wettelijk deelgenootschap zijn overeengekomen is dit geen probleem. Deze hebben voldaan aan de voorschriften van art. 1:142 BW, waarin onder andere een waardevermelding van de aangebrachte goederen wordt geëist. Bij de overgang naar de Zugewinnngemeinschaft staat in ieder geval vast welke goederen ten tijde van de huwelijkssluiting aanwezig waren en kan de waarde ervan worden omgerekend naar de inflatiepercentages ten tijde van de beëindiging van het regime.²⁵ Zoals in onderdeel 21.1.1 is vermeld, moet immers de 'echte' waardevermeerdering wel worden verrekend, maar niet de nominale waardevermeerdering van de goederen van de echtgenoten, die zuiver door geldontwaarding is veroorzaakt.

Hebben de echtgenoten op de staat van aanbrengsten niet de waarde vermeld omdat zij bijvoorbeeld voor een zogenaamd 'Amsterdams verrekenbeding' hadden gekozen, dan doet zich bij de overgang naar de Zugewinnngemeinschaft het probleem voor dat het onmogelijk is om de Zugewinn uit te rekenen alsof de Zugewinnngemeinschaft vanaf de huwelijkssluiting had bestaan. Het is immers niet mogelijk om de beginsituatie met de daarbij behorende waarden van de goederen der echtgenoten vast te stellen. Het komt mij voor dat in dit geval de uitweg van § 1377 lid 3 BGB gekozen moet worden: bij het ontbreken van een staat van aanbrengsten met waardevermelding wordt aangenomen dat het 'Endvermögen' van de echtgenoot tevens zijn Zugewinn is. Feitelijk worden

23 De kwestie van de toestemmingsvereisten uit het Nederlandse en Duitse recht in IPR-verband komt aan de orde in de hoofdstukken 25 en 26.

24 Scheiding van goederen zonder enig verrekenbeding.

25 Zie voor een voorbeeld Palandt/Diederichsen, Randnr. 13 bij § 1376 BGB. Deze percentages gelden voor Duitsland, maar het lijkt mij hier redelijk om ten aanzien van in Nederland gelegen goederen de Nederlandse inflatie-index te hanteren die door het CBS wordt uitgegeven.

dan tevens de verschillen in aanvangsvermogens mede verrekend. Dit is weliswaar niet in overeenstemming met de bedoeling van het gekozen Nederlandse stelsel maar echtgenoten die dit door de Duitse wet aangegeven rechtsgevolg willen vermijden, moeten zich tijdig conformeren aan de Duitse voorschriften.

GEVOLGEN VOOR DERDEN

Zolang de echtgenoten de inschrijving in het huwelijksgoederenregister nog niet hebben gewijzigd, kunnen derden ervan uitgaan dat de echtgenoten in scheiding van goederen binnen het Nederlandse recht zijn gehuwd, omdat dit in het huwelijksgoederenregister staat ingeschreven, maar bestuurstechnisch heeft dat weinig om het lijf omdat de juiste echtgenoot als eigenaar staat ingeschreven in het onroerendgoedregister.²⁶

21.1.8 Verandering van de Duitse Zugewinngemeinschaft naar de Nederlandse scheiding van goederen

Op het terrein van de bestuursverdeling is deze overgang vergelijkbaar met de spiegelbeeldsituatie die in het vorige onderdeel is besproken. Voor de afrekening van de Zugewinnausgleich moet het moment van de overgang naar het nieuwe stelsel worden aangehouden. Afrekening daarvan vindt plaats volgens de daarvoor geldende Duitse regels. Bij het opmaken van de akte van rechtskeuze voor Nederlands recht zou de notaris daarop moeten letten. De crediteur van de Zugewinn-vordering zal na de voldoening van de schuld rechthebbende van het 'betaalde' worden.

Indien in het huwelijksgoederenregister vóór de wijziging stond vermeld dat echtgenoten naar buitenlands recht waren gehuwd, zal de notaris dat door inschrijving van de rechtskeuze voor Nederlands recht, gecombineerd met huwelijksvoorwaarden inhoudende scheiding van goederen, weer up-to-date brengen. Zoals ik reeds heb geschreven²⁷ dient inschrijving van de Nederlandse huwelijksvoorwaarden op grond van de bepalingen in titel 1.8 BW te geschieden. Het Nederlandse recht is als kaderwet gekozen, en het beheerst daarmee de inschrijving van de huwelijkse voorwaarden. Een inschrijvingsmogelijkheid op grond van art. 4 WCHv kan hier niet worden aangenomen omdat dit artikel alleen ziet op de inschrijving van een buitenlands stelsel.²⁸

26 De toestemmingsvereisten hangen wel van het toepasselijke stelsel af. Deze zullen in hoofdstuk 26 aan de orde komen.

27 WPNR 6162 (1994).

28 Zie in deze zin ook de MvT II bij de WCHv, 21 273, nr. 3, p. 18.

21.1.9 Verandering van de Nederlandse scheiding van goederen naar de Duitse Gütertrennung

Deze verandering is de meest eenvoudige omdat beide stelsels identiek zijn qua beschikkingsbevoegdheid.²⁹ De notariële akte houdende rechtskeuze met huwelijkse voorwaarden naar Duits recht die kan worden ingeschreven in het huwelijksgoederenregister, vervangt de vermelding dat de Nederlandse scheiding van goederen geldt. Derden zijn dan meteen op de hoogte van de huwelijksvermogensrechtelijke situatie. In het onroerendgoedregister is qua eigendomssituatie geen aanpassing van de inschrijving nodig.

21.1.10 Verandering van de Duitse Gütertrennung naar de Nederlandse scheiding van goederen

Dit geval is vergelijkbaar met de variant die in onderdeel 21.1.9 is besproken.

21.1.11 Verandering van de Nederlandse scheiding van goederen naar de Duitse Gütergemeinschaft

In dit geval zullen de echtgenoten in de akte van rechtskeuze gecombineerd met huwelijksvoorwaarden moeten aangeven of zij bepaalde goederen tot Vorbehaltsgut willen bestempelen. Doen zij dat niet, dan vallen alleen die goederen die onder een uitsluitingsclausule zijn verkregen, in het Vorbehaltsgut van de echtgenoot die daarvan voordien eigenaar was, § 1418 BGB. Goederen die voldoen aan de definitie van Sondergut, § 1417 BGB, komen automatisch terecht in het Sondergut van de echtgenoot die ook daarvoor al rechthebbende was.

Indien echtgenoten geen nadere invulling aan hun bestuursverhouding geven, gaat automatisch gemeenschappelijke Verwaltung voor hen gelden. Dat heeft tot gevolg dat vanaf het moment dat de verandering plaatsvindt, de echtgenoten alleen nog maar samen over de gemeenschappelijke goederen kunnen beschikken. Hiervan dient inschrijving in het huwelijksgoederenregister of openbaar register voor registergoederen te geschieden. Derden zijn dan gewaarschuwd en moeten van de nieuwe bestuursverdeling uitgaan. Dat geldt in gelijke mate als de echtgenoten Einzelverwaltung waren overeengekomen. Laten zij dat na en verrichten echtgenoten bestuurshandelingen in strijd met het nieuwe regime, dan kunnen derden zich jegens de echtgenoten nog beroepen op de gelding van de Nederlandse scheiding van goederen.

²⁹ Ik laat de kwestie van de toestemmingseisen bij bepaalde rechtshandelingen ook hier buiten beschouwing.

21.1.12 Verandering van de Duitse Gütergemeinschaft naar de Nederlandse scheiding van goederen

Deze overgang is enigszins vergelijkbaar met de situatie die is besproken in onderdeel 21.1.4. Ook in dit geval zullen echtgenoten in de ideale situatie eerst een boedelscheiding uitvoeren waarbij zij zich moeten houden aan het Duitse recht.³⁰ Daardoor worden automatisch de Vorbehalts- en Sondergüter privé-eigendom van de echtgenoot die daarvoor ook rechthebbende was, zie onderdeel 21.1.8. De rest van de goederen moet worden verdeeld waarbij voor de overgang de goederenrechtelijke regels van de *lex rei sitae* gelden, zie onderdeel 21.1.2.

GEVOLGEN VOOR DE BESTUURSBEVOEGDHEID

In de tijd tussen de opheffing van de gemeenschap en het einde van de boedelscheiding geldt gemeenschappelijke Verwaltung, § 1472 lid 1 BGB. Derden in Nederland zullen daarvoor gewaarschuwd zijn door de vreemdrechtverklaring van art. 4 WCHv.

Onafhankelijk van het feit of er voorheen een algemene vreemdrechtverklaring of een expliciete inschrijving van het Duitse regime had plaatsgevonden, worden derden thans gewaarschuwd door de inschrijving van de rechtskeuze voor het Nederlandse recht (waarbij meestal het voorgaande regime ook wordt genoemd) die wordt gecombineerd met huwelijkse voorwaarden voor scheiding van goederen. Derden moeten door de echtgenoten erover worden ingelicht welke goederen bij de verdeling van de gemeenschap zijn betrokken hetgeen van invloed is op de bestuursverhoudingen ten aanzien van deze goederen.

De vraag rijst of de bijzondere beschermingsmaatregel uit het Duitse recht, § 1472 lid 2 BGB,³¹ hier toepasselijk is, indien tijdens de afwikkelingsfase een bestuursoverschrijding wordt begaan. De IPR-literatuur geeft hiervoor weinig houvast. In het Nederlandse recht vindt men een in sommige opzichten vergelijkbaar artikel, art. 1:92 BW, dat het Nederlandse IPR duidelijk goederenrechtelijk kwalificeert.³² Vanuit Duitse visie bestaat er een onderscheid tussen een bepaling als art. 1:92 BW en § 1472 BGB, omdat de gelding van de laatste bepaling afhankelijk is van een bepaald huwelijksgoederenstelsel, terwijl art. 1:92 BW daarin juist geen onderscheid maakt. Is er reden om § 1472 BGB ook in het Nederlandse IPR als huwelijksvermogensrechtelijk te kwalificeren? Naar mijn mening is daar geen reden toe. Deze regel van derdenbescherming heeft in mijn visie een zo sterke band met het goed waarover de bescherming zich uitstrekt, dat ik haar in alle varianten onder de conflictregel van de *lex rei sitae* wil brengen, ongeacht de plaatsing

30 Zie hierover de onderdelen 9.5 tot 9.7.2.

31 Zie onderdeel 9.5.

32 MvT II bij WCHv, p. 20-21.

in het wetboek. § 1472 BGB geldt in deze visie alleen als het desbetreffende goed zich in Duitsland bevindt. Bovendien is vanuit Duitse visie dan tevens gelding van het Duitse huwelijksvermogensrecht vereist.

Na de boedelscheiding zijn echtgenoten bevoegd tot het besturen van hun eigen goederen, art. 1:90 BW.

21.2 Automatische veranderingen in het toepasselijke huwelijksvermogensrecht, art. 7 lid 2 Verdrag

In het voorgaande is de wijziging van regime op grond van rechtskeuze aan de orde geweest. In dit onderdeel zullen de gevolgen van een automatische wijziging van het regime op grond van art. 7 Verdrag aan de orde komen. Het grootste verschil in rechtsgevolg, zo zij hier nog eens kort samengevat, is het feit dat door een automatische wijziging het oude recht op de onder dat regime verkregen goederen van toepassing blijft, terwijl in de gevallen van rechtskeuze het gekozen recht op alle aanwezige goederen betrekking heeft, aldus art. 6 lid 3 Verdrag.

In dit onderdeel komen alleen wijzigingen naar het Nederlandse recht aan de orde. Dit vindt zijn reden in het feit dat door een automatische verandering steeds het woonlandrecht van de echtgenoten toepasselijk wordt. Veranderingen naar het Duitse recht laat ik hier buiten beschouwing omdat deze alleen kunnen voorkomen bij echtparen die in Duitsland wonen. Toepassing van Nederlands IPR is dan minder voor de hand liggend aangezien eventuele geschillen in de regel door een Duitse notaris, rechter of advocaat zullen worden behandeld en niet door een Nederlands jurist zullen worden beslecht.

HET WAGONSTELSEL IS PRAKTISCH NAUWELIJKS UITVOERBAAR BIJ BEËINDIGING VAN HET HUWELIJK

Het probleem dat algemeen wordt erkend, is de praktische (on)uitvoerbaarheid van het wagon-stelsel, dat is beschreven in onderdeel 17.1.4. Een vergelijkbaar probleem kent het Amerikaanse recht. Davie³³ kenschetst het als volgt:

“the Herculean conflicts of laws task of ascertaining and applying the matrimonial property laws of the various matrimonial domiciles.”

Het is theoretisch mogelijk dat de overgang van het ene wettelijk stelsel naar het andere op grond van een automatische wijziging in concreto nauwelijks verandering van toepasselijk recht tot gevolg heeft. Maar dat zal alleen het geval zijn als beide stelsels dezelfde regels hebben. In de meeste gevallen zal dit vanzelfsprekend niet het geval zijn en zullen de regels van het oude en het

33 ICLQ 1993, p. 860; over het Amerikaanse stelsel zie bijvoorbeeld ook Scoles, *Recueil des Cours*, t  me 209 (1988), p. 29 en 49 met verdere verwijzingen.

nieuwe rechtsstelsel in meerdere of mindere mate verschillen. Dit is zeker het geval wanneer de overgang van het Nederlandse naar het Duitse recht of omgekeerd plaatsvindt. Het Nederlandse wettelijk stelsel gaat immers uit van gemeenschap van goederen, terwijl het Duitse recht als wettelijk stelsel de Zugewinnngemeinschaft kent, welke het deelgenootschap als basis heeft.

De meeste echtparen zullen zich door de automatische wijziging laten verrassen, waardoor geen administratie voorhanden zal zijn omtrent hun vermogenstoestand ten tijde van de wijziging. Men moet dan na de beëindiging van het huwelijk vaststellen welke goederen op het moment van de overgang aanwezig waren en welke daarna zijn verkregen. Von Overbeck wil dit aan de wijsheid van de rechter overlaten.³⁴ Dat dit ook grote onzekerheid voor derden als gevolg heeft tijdens de rest van het huwelijk of tot het moment dat de echtgenoten een rechtskeuze doen waardoor het wagonstelsel weer wordt opgeheven, staat buiten kijf.

In ieder geval moet men, nadat is vastgesteld welke goederen privé- of gemeenschappelijk eigendom zijn, ervan uitgaan dat door een verplaatsing van het goed de eigendomstoewijzing niet verandert. Men mag deze niet laten afhangen van het stelsel dat ter plaatse geldt.³⁵ Eventuele uitvoeringsproblemen die daarbij kunnen optreden door aanknopingsovermacht³⁶ zijn geen reden om daarvoor het systeem van het Verdrag te laten wijken.

Een bijkomend probleem, gesteld het academische geval dat wel een precieze vermogensopstelling voorhanden was ten tijde van de overgang naar het andere stelsel, bijvoorbeeld omdat partijen deze voor een verzekering of de vestiging van een zekerheidsrecht moesten opmaken, ligt in de zaaksvervanging.³⁷ De meeste goederen uit het vroegere regime zullen niet het eeuwige leven hebben. Als een echtgenoot die onder het oude recht privé-eigenaar was van een bloemenvaas, deze wil vervangen omdat de rand bij een val beschadigd is, wordt hij dan bij de aanschaf van de nieuwe vaas exclusief eigenaar, hoewel hij op dat moment in gemeenschap van goederen was gehuwd, wordt hij mede-eigenaar krachtens het dan geldende regime, of moet men dit laten afhangen van de zaaksvervangingsregels van het recht dat voor hun huwelijksgoederenregime gold ten tijde van de aanschaf van de originele vaas? In dat laatste geval zou de aanwezigheid van een met art. 1:124 BW vergelijkbaar artikel in het oude rechtsstelsel doorslaggevend zijn. Hoewel het waarschijnlijk geen enkel verschil zal maken omdat het feitelijk niet meer is vast

34 Schweizer Jahrbuch für internationales Recht 1977, p. 120.

35 Droz, Recueil des Cours, tome 229 (1991), nr. 223.

36 Zie onderdeel 17.5.

37 Dit begrip versta ik, net als in de internrechtelijke context, niet als substitutie in enge zin, zoals o.a. Snijders/Rank-Berenschot, nr. 294 e.v. en de daar genoemde auteurs, dat opvatten, waarbij de directe lijn van een «goed - geld - een ander goed» wordt bedoeld. Zie ook Scoles, Recueil des Cours, tome 209 (1988), p. 36; Droz, Revue critique 1992, p. 665, nr. 57. Ik doel meer op de vervanging van een goed door een gelijksoortig goed, waarbij de financiering eventueel van minder groot belang is. Zie hierover onderdeel 1.2.2.

te stellen³⁸ zou men dit dilemma dogmatisch zuiver redenerend, door het oude recht moeten oplossen. Het systeem van het verdrag gaat immers uit van een strikte scheiding van de huwelijksvermogensrechtelijke wagons: op de goederen die in een bepaalde periode zijn verkregen, is alleen het recht toepasselijk dat in die periode geldt. Het zou daarmee onverenigbaar zijn om op enigerlei wijze aan de werking van een later toepasselijk stelsel enige betekenis toe te kennen voor eerder verkregen goederen.

Concreet houdt dit in dat slechts de verkrijgings- en zaaksvervangingsregels van het oude recht de verdere loopbaan van de destijds verkregen goederen begeleiden. Als het oude stelsel bij de vervanging van een dergelijk goed niet 'meerekent', uit wiens vermogen de tegenprestatie wordt voldaan, dan mag dat in deze casus ook geen invloed hebben.

Hier blijkt meteen al dat het dogmatische antwoord in de praktijk dikwijls onuitvoerbaar is. Stel dat in de genoemde context het later geldende rechtstelsel bij medefinanciering door de niet-handelende echtgenoot mede-eigendom aan deze toekent naar rato van de bijdrage in de financiering ervan, of voor gelijke delen met de andere echtgenoot, dan loopt de zaak spaak. Het oude recht geeft immers aan dat het verkregen goed uitsluitend eigendom is van de handelende echtgenoot. Eenzelfde dilemma doet zich voor indien een echtgenoot een registergoed verkrijgt ter vervanging van het oude exemplaar. Als het oude recht hier uitgaat van de tenaamstelling op naam van de handelende echtgenoot,³⁹ en het nieuwe recht aan de meebetalende echtgenoot ook rechten aan het onroerende goed toekent, dan is dit onoplosbaar.

Gezien het feit dat dit voor de echtgenoten zelf nauwelijks is bij te houden, lijkt mij de onduidelijkheid voor derden omtrent de exacte eigendomsverhoudingen met betrekking tot vele goederen van de echtgenoten niet te vermijden.

In de praktijk zal staande huwelijk dit probleem waarschijnlijk worden opgelost door het IPR van de *lex rei sitae* van het desbetreffende goed omdat dit recht zich feitelijk opdringt bij de afwikkeling van de vermogensrechtelijke aspecten van het huwelijk. Dit is een effect dat lijkt op *Näherberechtigung*, alleen is nu de reden voor de toepassing van het recht een andere, zij ligt in een overgangsrechtelijk probleem, niet alleen in het feit dat een goed elders gelegen is.

21.2.1 Echtgenoten met een gemeenschappelijke nationaliteit gaan beiden in dat land wonen, art. 7 lid 2 sub 1 Verdrag

De eerste variant van de automatische veranderingen betreft echtgenoten die terugkeren naar het land waarvan zij de gemeenschappelijke nationaliteit

38 Joppe spreekt in haar preadvies in dit verband van "onoplosbare rechtstoestanden", preadvies KNB 1990, p. 46.

39 Vergelijk het Nederlandse recht, HR 2 april 1976, NJ 1976 450 mnt. WMK (Modehuis Nolly I).

bezitten, dus remigranten. Dit kan ook echtgenoten betreffen die staande huwelijk, maar voor de verhuizing naar het nieuwe vaderland, de nationaliteit van dat land verkregen. Het effect van de verhuizing is dat de wet van de nieuwe woonplaats dan samenvalt met de gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten. Dit kan ook een tweede gemeenschappelijke nationaliteit betreffen van echtgenoten, aldus art. 15 slot Verdrag.⁴⁰ Vanaf het moment van vestiging geldt dan het recht van de nieuwe woonplaats. Dit recht geldt alleen voor de goederen die vanaf dat moment worden aangeschaft. Op eerder verkregen goederen is het daarvoor geldende recht toepasselijk.

REMIGRATIE NAAR NEDERLAND

In het navolgende zal ik de casus bespreken waarin echtgenoten met de Nederlandse nationaliteit, die aanvankelijk onder een buitenlands huwelijks-goederenrecht hebben geleefd, doordat zij voor de huwelijksluiting al minstens 5 jaar in een woonplaatsland woonden, en daar nog woonden ten tijde van de huwelijksluiting, door remigratie naar Nederland voor het vervolg onder Nederlands huwelijksvermogensrecht vallen.⁴¹

Volgens de regels van het Verdrag vallen alle tot op dat moment verkregen goederen onder het oude regime, terwijl de Nederlandse gemeenschap alle daarna verkregen goederen gaat beheersen. Indien echtgenoten tijdens hun buitenlandse verblijf al onroerend goed in Nederland hadden verkregen, zal dat bij terugkomst *niet* in de gemeenschap van goederen vallen. Deze uitkomst is in strijd met het uitgangspunt van de Nederlandse gemeenschap van goederen die ervan uitgaat dat alle vermogensbestanddelen die voor de inwerkingtreding ervan waren verkregen, in de gemeenschap vallen, zoals De Boer terecht heeft opgemerkt.⁴² Hij zegt daar geen oplossing voor te weten. Mijns inziens moeten wij hier, net als in allerlei andere gevallen waarin wij puur voor internrechtelijke constellaties geschreven wetsbepalingen voor het IPR een beetje oprekken,⁴³ art. 1:94 BW met een korrel zout nemen en de boedelmenging beperken tot nadien verkregen activa en passiva. Dit is de enige oplossing omdat bij onverkorte toepassing van het internrechtelijke beginsel, de Nederlandse gemeenschap het beginsel van het verdrag dat van wagonvorming uitgaat, buitenspel zou zetten. Dit zou ook in het algemeen niet verdedigbaar zijn. Mocht men een andere opvatting zijn toegedaan dan zou de toepassing van de verdragsregels na een automatische overgang naar het huwelijksgoederenregime van het woonland, afhangen van de uit IPR-oogpunt min of meer toevallige regeling van het wettelijk huwelijksgoederen-

40 Overigens blijven de eisen van art. 15 Verdrag wel overeen.

41 Dit kan zich niet voordoen in een Nederlands-Duitse context omdat Duitsland nationaliteitsland is.

42 WPNR 6092 (1993), p. 349-350.

43 Denk bijvoorbeeld aan de art. 126 of 430/431 Rv, of de bepalingen van stil pandrecht die na 'aanpassing' van een buitenslands gevestigd fiduciair eigendomsrecht dat rust op een goed dat naar Nederland wordt overgebracht, op dat recht in Nederland worden toegepast.

stelsel van die staat. Dit kan niet de bedoeling van het verdrag zijn; volkenrechtelijk gezien verdringt de verdragsregeling immers anders luidende internrechtelijke systemen.

INSCHRIJVING VAN EEN AUTOMATISCHE REGIMEWIJZIGING?

Hoe kunnen echtgenoten een automatische regimewijziging aan derden algemeen kenbaar maken? Uit de parlementaire geschiedenis van de WCHv blijkt niet dat de wetgever hieraan heeft gedacht. De inschrijving in het huwelijks-goederenregister betreft een vreemd-rechtverklaring, maar nergens wordt gesproken van een verklaring dat vreemd recht van toepassing wás. Automatische veranderingen ex art. 7 Verdrag hebben immers altijd tot gevolg dat het woonplaatsrecht van partijen toepasselijk wordt.

Mijns inziens moet het mogelijk zijn dat echtgenoten een notariële verklaring doen inschrijven, inhoudende dat buitenlands recht toepasselijk wás, en dat vanaf een bepaalde datum Nederlands recht toepasselijk is als nieuw woonlandrecht. De praktijk wijst uit dat ook andere verklaringen die een overgang naar het Nederlandse recht documenteren voor inschrijving in het huwelijksgoederenregister in aanmerking komen, zoals bijvoorbeeld een verklaring aangaande een rechtskeuze ex art. 6 Verdrag die de overgang naar de Nederlandse wettelijke gemeenschap tot gevolg heeft zonder dat voorheen het buitenlandse regime was ingeschreven.

Is hier bezwaar tegen vanuit het oogpunt van ‘registervervuiling’? Het lijkt mij geen bezwaar als door zoveel mogelijk inschrijvingen uit het huwelijksgoederenregister een zo volledig mogelijk beeld blijkt omtrent de stand van zaken op huwelijksvermogensrechtelijk terrein. Daartoe behoren ook inschrijvingen inhoudende dat een overgang naar de Nederlandse wettelijke gemeenschap heeft plaatsgevonden. Dat klemmt temeer bij automatische overgangen omdat de daarvóór verkregen goederen onder het oude recht blijven vallen. Dat de wetgever zich niet uitdrukkelijk over deze vraag heeft uitgelaten mag er mijns inziens niet aan in de weg staan, dat een verklaring wordt ingeschreven waarin melding wordt gemaakt van de overgang van een ander stelsel naar de Nederlandse wettelijke gemeenschap van goederen.

Concluderend is derhalve vast te stellen dat ook regimewijzigingen ex art. 7 Verdrag in het huwelijksgoederenregister inschrijfbaar zijn. De keerzijde van deze opvatting is wel dat bij niet-nakoming van deze ‘Obliegenheit’ de echtgenoten te maken krijgen met de sancties van art. 3-5 WCHv; derden mogen ervan uitgaan dat de Nederlandse wettelijke gemeenschap ál hun goederen beheerst.

Voor registergoederen in Nederland bestaat naast de algemene kennisgeving in het huwelijksgoederenregister nog de mogelijkheid tot inschrijving van de exacte eigendomsverhoudingen in het onroerendgoedregister. Wanneer bijvoorbeeld een huis onder het oude regime was verkregen, dan zal het

ook na de overgang onder het oude regime blijven vallen. De inschrijving in het onroerendgoedregister overeenkomstig het oude regime is en blijft juist.

Gecomplceerder wordt het als de automatische regimewijziging heeft plaatsgevonden zonder dat echtgenoten zich daarvan bewust zijn; de waarschijnlijk meest voorkomende situatie. Nemen wij aan dat de overgang plaatsvond van Duits naar Nederlands recht. Echtgenoten weten niet dat de algehele gemeenschap is gaan gelden. Goederenrechtelijk maakt dit op het gebied van de bestuursverdeling weinig verschil; slechts bij een bedrijfsuitoefening ex art. 1:97 lid 2 BW treedt een verschil op.⁴⁴ In de meeste gevallen is de echtgenoot naar Nederlands huwelijksgoederenrecht bevoegd die dat ook naar de bestuursregels van de Zugewinnngemeinschaft is, § 1364 voor privégoederen waar ieder der echtgenoten bevoegd wordt verklaard over zijn eigen goederen, § 744 e.v. voor 'Miteigentum nach Bruchteilen' waar gemeenschappelijk bestuur voor geldt.

Is dit in een andere feitenconstellatie anders, dan zijn derden beschermd tegen de gevolgen van een ongepubliceerde wijziging van het regime op grond van de art. 3-5 WCHv j° 1:116 j° 1:120 j° 3:24 BW. Feiten die noch in het huwelijksgoederenregister noch in het onroerendgoedregister zijn opgenomen hoewel daarvoor wel de mogelijkheid bestaat, kunnen niet aan derden worden tegengeworpen die daarvan onkundig waren.

Op het gebied van de verhaalsmogelijkheden kan een grote verandering voor schuldeisers optreden door de automatische verandering. Dit komt aan bod in hoofdstuk 27.

21.2.2 Echtgenoten met gemeenschappelijk woonland verkrijgen beiden de nationaliteit van dat land, art. 7 lid 2 sub 1 Verdrag

ECHTGENOTEN DIE IN NEDERLAND WONEN, VERKRIJGEN DE NEDERLANDSE NATIONALITEIT

Dit geval lijkt sterk op dat van onderdeel 21.2.1, maar het verschil is dat de echtgenoten in deze variant al in Nederland woonden. De automatische wijziging vindt hier plaats vanaf het moment van de naturalisatie van een of beide echtgenoten, met als gevolg dat dan beiden Nederlander zijn. In dit geval is het wel denkbaar dat voor het echtpaar in kwestie het Duitse wettelijk stelsel van toepassing was voordat de naturalisatie plaatsvond.

Het ligt bij dit echtpaar dat reeds daarvoor in Nederland woonde, voor de hand dat zij daarvoor al goederen hebben verkregen en vervreemd, terwijl buitenlands huwelijksgoederenrecht op hen van toepassing was. Voor hen gold voor de wijziging het gezegde in onderdeel 19.2 of 19.3, al naar gelang of zij hun buitenlandse regime wel of niet hadden gepubliceerd. Voor deze

⁴⁴ Zie voor de inschrijvingsmogelijkheden en -plichten bij een bestuurswisseling ex art. 1:97 lid 2 BW, onderdeel 5.3.

echtparen geldt in verhoogde mate hetgeen in het vorige onderdeel is opgemerkt over de inschrijfbaarheid van de overgang naar Nederlands huwelijksvermogensrecht. Voor derden zou de verhuizing naar Nederland van de handelende echtgenoot nog een indicator kunnen zijn voor mogelijke IPR-verwikkelingen, maar naturalisatie is voor derden moeilijk vaststelbaar. Publicatie van de overgang van het regime naar de Nederlandse wettelijke gemeenschap is dan nog belangrijker.

Voor het overige verschillen de situaties niet. Ook hier blijft het oude regime op de transacties voor de wijziging van toepassing; het nieuwe regime beheerst slechts de transacties die nadien plaatsvinden.

EEN VOORBEELDCASUS

In concreto zal het nauwelijks voorkomen bij deze automatische wijziging dat een derde schade lijdt door een verkeerd indruk omtrent de geldende bestuursverdeling tussen de echtgenoten. Evenals de regeling van de Nederlandse gemeenschap gaat immers de Zugewinnngemeinschaft ervan uit dat de echtgenoot die een goed verkregen heeft, daarover bestuursbevoegd is. Dit geldt ook voor goederen op naam. Slechts in gevallen dat bestuurswisseling op grond van art. 1:97 lid 2 BW zou plaatsvinden, zal de bestuursbevoegdheid van de Zugewinnngemeinschaft aan die echtgenoot toekomen die volgens de hoofdregel van de formele verkrijging het goed kan besturen. Indien de derde ten onrechte in de veronderstelling verkeert dat art. 1:97 BW toepasselijk is, zal hij hoogstens ten onrechte menen dat beide echtgenoten moeten meewerken aan een beschikkingshandeling over het goed, maar indien hieraan wordt voldaan, leidt dit nooit tot een ongeldige rechtshandeling volgens de bestuursregels van de Zugewinnngemeinschaft. De volgens het Duitse recht bevoegde echtgenoot heeft immers ook meegewerkt en dat is voor een bevoegde beschikkingsdaad voldoende.

Het zou kunnen voorkomen dat de derde ten onrechte van mening is dat een bestuursoverschrijding zou kunnen worden geheeld door toetreding van de andere echtgenoot tot de rechtshandeling die door de onbevoegde echtgenoot is verricht, zie art. 1:90 lid 4 BW.⁴⁵ Door medewerking van de eigenlijk bestuursbevoegde echtgenoot wordt dan wel voldaan aan de vereisten van de Zugewinnngemeinschaft, zodat praktisch aan alle vereisten wordt voldaan, zij het in een ander kader dan de derde voor ogen staat. Op de geldigheid van de rechtshandeling heeft dit mijns inziens geen invloed.

45 Zie over de betekenis van deze bepaling onderdeel 3.3.

21.2.3 Echtgenoten met gemeenschappelijke nationaliteit gaan voor het eerst in een gemeenschappelijk woonland wonen, art. 7 lid 2 sub 3 Verdrag

Dit geval betreft de situatie dat echtgenoten nog niet eerder een gemeenschappelijk woonland hebben gehad. Ervan uitgaande dat de gehuwde status van de echtgenoot als bekend wordt verondersteld, kan dit betekenen dat derden ineens te maken krijgen met een wijziging die wordt veroorzaakt doordat de met hen handelende echtgenoot, dan wel de andere echtgenoot verhuist. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als twee Duitse echtgenoten waarvan de vrouw steeds in Frankrijk, de man steeds in Nederland heeft gewoond, in Nederland gaan samenwonen. Nemen wij aan dat de vrouw bij de man intrekt. De wederpartij van de man krijgt dan in plaats van een echtgenoot met Zugewinnngemeinschaft als regime, ineens te maken met een echtgenoot, die is gehuwd in de Nederlandse wettelijke gemeenschap, zonder dat de feitelijke omstandigheden van de man veranderen.

Als de verandering van het huwelijksvermogensregime van de nationale naar de woonplaatswet wordt veroorzaakt doordat de niet-handelende echtgenoot ook in dat land gaat wonen, zullen de rechtsgevolgen dezelfde zijn als in het geval dat echtgenoten in een land wonen en die wet van toepassing wordt door nationaliteitsverandering van een der echtgenoten. Uiterlijk is in beide gevallen niets aan de situatie van de handelende echtgenoot te merken.⁴⁶

Had de in Nederland wonende handelende echtgenoot eerst zijn buitenlandse (i.c. Duitse) huwelijksvermogensregime laten registreren, dan is het aan te bevelen dat hij de wijziging ervan ook laat registreren, maar het rechtsgevolg treedt onafhankelijk daarvan in. Een wijziging van een eventuele oude inschrijving in het onroerendgoedregister ten aanzien van een in Nederland gelegen onroerende zaak is niet nodig omdat de goederenrechtelijke verhoudingen van voor de overgang aangeschafte goederen door de oude wet beheerst blijven.

21.2.4 Echtgenoten wonen 10 jaar in hetzelfde land, art. 7 lid 2 sub 2 Verdrag

ECHTGENOTEN WONEN IN NEDERLAND

Voor echtparen die 10 jaar met een buitenlands huwelijksvermogensstelsel in Nederland hebben gewoond, gaat vanaf die datum het Nederlandse huwelijksvermogensrecht gelden. De tien jaren-termijn loopt vanaf de datum van huwelijksluiting.⁴⁷ Hoewel de oorzaak van de verandering verschilt, zijn de juridische gevolgen vergelijkbaar met die van de verandering op basis van

⁴⁶ De analogie gaat in hoge mate op bij vergelijking met een nationaliteitsverandering van de andere echtgenoot.

⁴⁷ Rapport Von Overbeck, nr. 81; Loussouarn, Clunet 1979, p. 17.

verkrijging van de gemeenschappelijke nationaliteit: voor de wijziging is het buitenlandse regime inschrijfbaar, na de wijziging blijft de inschrijving voor registergoederen van het feit dat echtgenoten naar buitenlands recht waren gehuwd ongewijzigd. Vermelding van de relevante feiten in het huwelijks-goederenregister is ook voldoende om derden op de hoogte te brengen, art. 3:17 lid 1 aanhef j° art. 3:24 lid 2 sub a BW.⁴⁸

EEN KORTE KRITISCHE EVALUATIE VAN DE REGIMEWIJZIGING DOOR ENKEL TIJDSVERLOOP

Ik verwacht dat dit type verandering in de praktijk de meeste problemen zal opleveren. Voor echtgenoten voltrekt zich deze verandering volkomen geruisloos: er zijn geen uiterlijke veranderingen in de feiten waardoor echtgenoten op het idee gebracht kunnen worden, dat er veranderingen in hun huwelijksvermogensrechtelijke verhoudingen plaatsvinden. Dit is niet bepaald een natuurlijke associatie die men verbindt met het feit dat men 10 jaar in een land woont.

De opstellers van het Verdrag gingen blijkbaar van de veronderstelling uit dat deze automatische verandering van het toepasselijke huwelijksvermogensrecht zou sporen met de voorstelling die de echtgenoten zelf over hun huwelijksvermogensrechtelijke verhouding zouden hebben. Echtgenoten zouden al veel eerder het idee hebben dat hun huwelijksvermogensrecht wordt beheerst door hun woonplaatswet. De verandering die het Verdrag na 10 jaar meebrengt, zou dan de rechtstoestand daarmee in overeenstemming brengen. Dit is waarschijnlijk ook de reden waarom Droz de gevolgen die het verdrag in dit opzicht verbindt aan gewijzigde omstandigheden een redelijke oplossing noemt.⁴⁹

Ik vraag mij af of dit door de Verdragsregeling wordt bereikt, temeer omdat het oude regime van toepassing blijft op de reeds daarvoor verkregen goederen. Dat zal echtgenoten waarschijnlijk al helemaal niet duidelijk voor ogen staan. Bovendien speelt in Nederland een rol dat echtgenoten met een buitenlands huwelijksvermogensregime zich daarvan bewust zullen worden als zij een vreemd-rechtverklaring afleggen. Hun verwachtingen omtrent het op hen toepasselijke huwelijksvermogensrecht zullen dan waarschijnlijk eerder gericht zijn op continuering van dat buitenlandse recht. De verklaring blijft immers in het huwelijksgoederenregister staan totdat zij, wellicht bewogen door een toevallig Aha-Erlebnis bij een volgend bezoek bij de notaris, de moeite van een hernieuwde notariële akte en de inschrijving ervan zullen nemen, enkel om het register weer up-to-date te brengen. Dit lijkt mij overigens nogal bezwaarlijk voor de echtgenoten aangezien zij de kosten ervan moeten dragen. De calculerende echtgenoot zal vaststellen dat in de regel

48 Zie onderdeel 21.3.1 voor de voorgestelde noodzakelijke verruiming van de inschrijvingsmogelijkheid in het huwelijksgoederenregister.

49 Recueil des Cours, tome 229 (1991), nr. 227.

enkel de crediteuren van hem en zijn partner blij zullen zijn met de vermelding, zodat nu ook op de gemeenschapsgoederen onder bestuur van de andere echtgenoot verhaal kan worden genomen.

21.3 Voorkomen van automatische veranderingen door een verklaring dat men het tot dan toepasselijke recht wil behouden

In onderdeel 17.1.4 is reeds uiteengezet dat op grond van de totstandkomingsgeschiedenis van het Verdrag 1978 nog een extra keuzemogelijkheid bestaat die in het verlengde ligt van art. 6: kort na de automatische overgang kunnen echtgenoten alsnog bepalen dat het oorspronkelijk toepasselijke regime zal blijven gelden. Hier worden de gevolgen voor derden van een dergelijke keuze nader uitgewerkt.

RECHTEN VAN DERDEN IN HET GEVAL VAN EEN BEHOUD-VERKLARING BINNEN EEN REDELIJKE TERMIJN NA DE VERANDERING VAN REGIME

Bij de beoordeling van deze situatie moeten wij uitgaan van terugwerkende kracht van de behoud-verklaring.⁵⁰ Mijns inzien heeft dit voor derden in Nederland dezelfde gevolgen als wanneer in een interne situatie een regime-wijziging wegens een wilsgebrek niet doorgaat, doordat bijvoorbeeld de huwelijkse voorwaarden worden vernietigd.⁵¹ Als bijvoorbeeld een Duits echtpaar dat in de Zugewinnngemeinschaft is gehuwd, te maken krijgt met een automatische overgang naar het Nederlandse recht omdat het tien jaar in Nederland woont, en daarover vervolgens een veto uitspreekt, dan wordt de Zugewinnngemeinschaft geacht de hele periode onafgebroken te hebben gegolden.⁵² Was de derde op de hoogte van de automatische verandering, maar niet van het veto, dan kan hij zich jegens het echtpaar niet op de automatische verandering naar de Nederlandse gemeenschap van goederen beroepen omdat de overgang alsnog ongedaan kan worden gemaakt. Als in het huwelijks-goederenregister het juiste regime stond vermeld, d.w.z. het oude regime dat door het veto is blijven gelden, dan kan hij geen beroep op de boedelmenging naar Nederlands recht doen. Het komt mij voor dat dit een gevolg is van het feit dat hij op het register mag en moet afgaan en bij discrepanties tussen de ingeschreven feiten en de eigen kennis, juist in een geval waarin de verandering nog teruggedraaid kan worden, verdere informatie daaromtrent moet inwinnen. Daartoe behoort ook het feit dat de automatische verandering gedurende een korte periode nog *niet definitief* is ingetreden.

50 Von Overbeck, Rapport van de Speciale Commissie, 1975, nr. 111.

51 Via de schakelbepalingen van Boek 3 en 6 BW sluipen de algemene wilsgebreken ook het huwelijksgoederenrecht binnen, zie Asser-Moltmaker nr. 398 met verdere verwijzingen.

52 In dit geval is een behoudkeuze voor Duits recht mogelijk omdat beide echtgenoten de Duitse nationaliteit hebben, art. 6 verdrag.

Als echtgenoten in het huwelijksgoederenregister alleen de standaardformulering “Echtgenoten zijn niet naar Nederlands recht gehuwd.” hadden doen inschrijven, zal de derde in ieder geval door navraag achter de ware situatie moeten komen. Zeggen de echtgenoten ten onrechte dat voor hen de Nederlandse goederengemeenschap geldt, dan zal de derde daartegen mijns inziens beschermd kunnen worden door art. 3:36 BW, mits de overeenkomst tussen de echtgenoten en de derde wordt beheerst door Nederlands recht.⁵³

In zoverre verschilt deze situatie van die waarin huwelijksvoorwaarden op grond van een wilsgebrek worden vernietigd doordat de wijziging en het veto-recht een heel ander karakter hebben. Het is eerder een soort reparatie van een toestand die ineens van rechtswege is ingetreden en waarvan men zich pas daarna de werking realiseert. Vóór de wijziging was immers geen rechtswil vereist: indien een rechtswil was geuit, zou dit juist een automatische verandering hebben verhinderd. Om dezelfde reden hoeft ook naar oud recht een correcte inschrijving in het openbaar register niet te worden aangepast.

Hadden echtgenoten geen vermelding van hun buitenlandse stelsel in het huwelijksgoederenregister laten opnemen, dan zal jegens derden de rechtstoestand van voor de wijziging gelden, zoals deze bijvoorbeeld is uitgewerkt in onderdeel 19.3. De wijziging die wordt getroffen door het veto heeft mijns inziens met terugwerkende kracht geen werking.

21.4 Echtgenoten brengen het hele vermogen onder het nieuwe recht na een automatische verandering, art. 8 lid 2 Verdrag

In onderdeel 17.1.6 is in het algemeen uitgewerkt dat de echtgenoten ex art. 8 lid 2 Verdrag een einde kunnen maken aan de wagon-vorming die door de automatische veranderingen van art. 7 lid 2 Verdrag worden veroorzaakt door met terugwerking voor het laatste regime te kiezen. Op deze plaats wordt besproken wat daarvan de gevolgen zijn voor derden.

GEVOLGEN VOOR DE BESCHIKKINGSBEVOEGDHEID VAN ECHTGENOTEN BIJ OVERGANG NAAR DE NEDERLANDSE GEMEENSCHAP VAN GOEDEREN

Als echtgenoten met een Duits goederenstelsel tien jaar in Nederland wonen, gaat automatisch vanaf dat moment de Nederlandse gemeenschap van goederen gelden voor alle daarna aangeschafte vermogensbestanddelen. Door de verklaring ex art. 8 lid 2 uit te brengen zal de Nederlandse gemeenschap ook gaan gelden voor de goederen die zij daarvoor al hadden verkregen, zij het

⁵³ In Nederland wordt dit geregeld door art. 3, 4 e.v. EVO. In beginsel geldt het recht van de woonplaats van de karakteristieke prestant (bij een koopovereenkomst is dit de verkoper), behoudens rechtskeuze door de partijen bij de overeenkomst, zie de bespreking in de onderdelen 19.2.3 en 19.3.2.

dat, net als bij een rechtskeuze ex art. 6, de rechten van derden worden beschermd, zie hiervoor onderdeel 21.2.1.

De echtgenoten dienen de rechtskeuze voor het nieuwe recht in het huwelijksgoederenregister te vermelden, zodat daar geen onzekerheid over bestaat en het voor derden duidelijk is dat het Nederlandse recht ook voor eerder verkregen goederen geldt. Als echtgenoten eerder hun buitenlandse regime al dan niet expliciet in het huwelijksgoederenregister hadden vermeld, zal de nieuwe inschrijving het register weer up-to-date brengen; was eerder geen inschrijving geschied, zal de considerans in de akte houdende rechtskeuze derden op het juiste spoor zetten.

Ten aanzien van het onroerendgoedregister is het feit dat nu ook voor het eerder onder het Duitse recht verkregen goed het Nederlandse huwelijksvermogensrecht geldt, een inschrijfbaar feit in de zin van art. 3:17 lid 1 sub a BW, omdat het goed daardoor in mede-eigendom in de zin van titel 1.7 overgaat. Als echtgenoten de feiten omtrent hun rechtskeuze alleen in het huwelijksgoederenregister hebben ingeschreven, is deze inschrijving ook voldoende omdat derden van die feiten op de hoogte behoren te zijn op grond van art. 3:24 lid 2 BW.⁵⁴

21.5 Gevolgen van de werking van art. 10 WCHv j° 1:131 BW voor derden, een effectief correctiemiddel?

Zoals reeds in onderdeel 17.1.7 is aangegeven, heeft de Nederlandse wetgever aan de praktijkjuristen een handreiking willen doen, die hen het leven moet vergemakkelijken. Bij onoplosbare bewijsproblemen zouden zij gebruik kunnen maken van art. 10 WCHv j° 1:131 BW. Bij echtgenoten met Nederlands huwelijksvermogensrecht die in bewijsnood verkeren, wordt gewone mede-eigendom aangenomen, aldus art. 1:131 BW, indien een roerende zaak niet in een tussen echtgenoten bestaande gemeenschap kan vallen. Mocht er wel een ‘passende gemeenschap’ zijn, waarmee klaarblijkelijk in het artikel een titel 1.7-huwelijksgemeenschap bedoeld is, lijkt ook hier gemeenschap-pelijk bestuur het gevolg te zijn. Het is immers niet mogelijk om vast te stellen van wiens kant het goed in de gemeenschap is gevallen. Dat is het criterium van art. 1:97 lid 1 BW voor exclusief bestuur van een van de echtgenoten.

Derden zullen hiervan slechts zelden hinder ondervinden. In de praktijk zal het goed vaak desnoods via een derdenbeschermingsmaatregel verkregen kunnen worden. Bij twijfel zal de medewerking van de andere echtgenoot worden verlangd, waarmee automatisch aan de vereiste medewerking door de

⁵⁴ Dit geldt alleen voor de periode na de eerste veertien dagen na de inschrijving ex art. 1:120 lid 2 BW, zie mijn artikel in het WPNR 6162 (1994).

andere echtgenoot wordt voldaan.

DE WERKING BIJ ECHTGENOTEN MET EEN BUITENLANDS HUWELIJKSGOEDEREN-REGIME

Hoe werkt dit geheel indien niet het Nederlandse maar buitenlands huwelijks-goederenrecht toepasselijk is. Hier wreekt zich de toepasselijkverklaring in het IPR van een bewijsregel uit het interne Nederlandse recht. Het is mijns inziens niet geheel duidelijk vast te stellen wat exact de rechtsgevolgen zijn van de genoemde vermoedens. Art. 1:131 BW gaat immers uit van het bestaan van twee soorten gemeenschappelijke eigendom, primair een huwelijks-gemeenschap en subsidiair gewone mede-eigendom. Zolang een rechtsstelsel tenminste gewone mede-eigendom tussen echtgenoten kent, dreigt geen groot probleem. In ieder geval is vast te stellen dat het goed in die vorm van mede-eigendom komt en dat degene bevoegd is die dat zou zijn indien binnen het betreffende regime het goed van beide kanten in de gemeenschap valt. Zou het zo zijn dat men te maken heeft met een rechtsstelsel dat deze voorwaarden in combinatie niet accepteert dan loopt de overeenkomstige toepassing al mis.

Hoe is dit in te passen in een geval dat tussen de echtgenoten Duits huwelijksgoederenrecht geldt? Indien tussen hen het wettelijk stelsel, de Zugewinnngemeinschaft, geldt en niet duidelijk is aan welke echtgenoot een bepaalde roerende zaak toebehoort, zou toepassing van art. 1:131 BW meebrengen dat de zaak aan de echtgenoten gezamenlijk toekomt. De Zugewinnngemeinschaft gaat immers uit van scheiding van de vermogens van de echtelieden. Het lijkt mij dat het gemeenschappelijke eigendomsrecht aan de zaak moet worden ingepast in het geldende Duitse (huwelijksvermogens)recht. Ex § 744 j° 747 BGB kunnen echtgenoten alleen gemeenschappelijk beschikken over de zaak. Dit geldt ook voor de Gütertrennung.

Hebben echtgenoten daarentegen Gütergemeinschaft gekozen als toepasselijk stelsel dan zal mijns inziens art. 1:131 BW meebrengen dat de zaak in de gemeenschap naar Duits recht valt, indien deze de zaak kan omvatten met gezamenlijk bestuur ex § 1421 BGB. Een uitzondering wordt gemaakt voor Vorbehalts- en Sondergüter, § 1417 en 1418 BGB.⁵⁵ Het lijkt mij niet denkbaar dat op grond van art. 10 WCHv j° 1:131 BW een goed tot het Vorbehalts- of Sondergut kan overgaan. In de overige gevallen zal de zaak in de gemeenschap vallen en treedt mijns inziens voor de wederpartij van de echtgenoten geen verandering op omdat de bestuursverdeling door de werking van art. 10 WCHv j° 1:131 BW niet wordt beïnvloed.

Samenvattend kunnen wij vaststellen dat in alle IPR-gevallen waarin Duits recht als uitgangspunt geldt, art. 1:131 BW leidt tot gemeenschappelijk bestuur van de echtgenoten tengevolge van de aanname van gewone mede-

55 Zie onderdeel 6.1.1 voor de behandeling van deze termen.

eigendom.

BEOORDELING VAN DE NOODOPLOSSING VAN ART. 10 WCHv J^o 1:131 BW
Joppe⁵⁶ merkt terecht op dat de regeling van art. 10 WCHv J^o 1:131 BW niet past binnen het systeem van het IPR zoals het geldt onder het verdrag. Mijns inziens geldt steeds de Nederlandse noodoplossing, die immers van toepassing is verklaard ongeacht het op het huwelijksvermogensregime toepasselijke recht.⁵⁷ Wanneer een buitenlands recht de laatste wagon bepaalt, is art. 1:131 BW toch van toepassing. De wetgever maakt geen onderscheid of het laatste stelsel een met art. 1:131 BW vergelijkbare regeling kent. Het zou immers heel goed kunnen zijn dat het laatste geldende recht voor deze gevallen een andere oplossing geeft. Indien een Nederlandse rechter of notaris bij de afwikkeling van dit regime betrokken is, mag hij verdelen overeenkomstig art. 1:131 BW.

Het lijkt erop alsof de Nederlandse wetgever art. 1:131 BW als een soort voorrangsregel⁵⁸ heeft willen zien. Fraaier lijkt mij de noodoplossing die Cohen Henriquez voorstelt.⁵⁹ Hij wilde een oplossing geven voor het probleem dat achteraf niet meer vast te stellen is, onder welk regime een goed verkregen is. Hij adviseerde als aanvulling op art. 10 WCHv:

“Bestaat tussen echtgenoten ten gevolge van de werking van art. 7 Verdrag een geschil over de vraag onder welk huwelijksgoederenregime een vermogensbestanddeel valt en kan geen van beiden zijn stelling bewijzen dan valt het goed onder het laatste regime en ontstaan er vergoedingsrechten ten behoeve van een vroeger regime indien daartoe aanleiding bestaat. De zaaksvervangingsregel van art. 1:124 lid 2 BW is van toepassing.”

Dat de afwikkeling in de praktijk vanwege allerlei praktische redenen vaak naar het laatste stelsel zal plaatsvinden waarmee in feite het wagonstelsel wordt genegeerd, had Von Overbeck ook al gezien.⁶⁰ Dienaangaande merkt hij op dat is te hopen dat de echtgenoten dit (quasi) legitimeren door een rechtskeuze ex art. 8 lid 2 Verdrag te doen, waarmee zij al het voor de automatische wijziging aanwezige vermogen onder de nieuwe wet brengen.⁶¹

Afsluitend kunnen wij vaststellen dat de Nederlandse wetgever een voorrangsregel aan de Nederlandse rechtstoepasser heeft aangereikt, waarmee deze onduidelijke boedels te lijf kan gaan. In de regel zal toepassing voor de hand liggen bij boedelverdelingen door de notaris, maar zoals ik hierboven heb uitgewerkt, kan art. 1:131 BW mijns inziens ook een rol spelen bij onduidelijke bestuursverhoudingen bij bestaande regimes. Erg gelukkig lijkt mij

⁵⁶ Preadvies KNB 1990, p. 47-48.

⁵⁷ Zo ook Ten Wolde, Tijdschrift voor Antilliaans Recht/Justicia 1991, p. 9, noot 30 of noot 37 (drukfout in de notenlijst behorende bij het artikel).

⁵⁸ Een voorrangsregel is een bepaling die niet steeds toepasselijk is als het recht van het land van herkomst van de regel de rechtsverhouding bepaalt, maar een eigen conflictregel heeft. Zie Strikwerda, Inleiding, nr. 76 e.v.

⁵⁹ WPNR 5972 (1990) p. 533.

⁶⁰ Rapport Von Overbeck, nr. 96.

⁶¹ Zie hierover onderdeel 21.4.

deze gang van zaken niet, omdat geen rekening wordt gehouden met de werking van buitenlands recht dat toepasselijk is verklaard door een rechtskeuze of een objectieve conflictregel. De Nederlandse oplossing lijkt geen ruimte te laten voor de noodoplossing van Von Overbeck of Cohen Henriquez, zoals boven beschreven, omdat altijd volgens de fictie uit het Nederlandse interne recht wordt gewerkt. Het lijkt mij beter om te proberen, de problemen te lijf te gaan met de oplossingen die de aangewezen rechtsstelsels zelf aanreiken. Slechts als dit niet tot een acceptabele oplossing leidt, kan gedacht worden aan de ontwarring van de kluwen van goederenrechtelijke verhoudingen door toepassing van de *lex for*, i.c. Nederlands recht. Als echtgenoten het daarover eens worden dat een ander recht dit probleem zal beheersen, lijkt mij zelfs dit nog een betere oplossing dan de voorrangsgelgedachte uit het Nederlandse recht die immers vooral geschreven is ten bate van de betrokken notaris of advocaat.

21.6 Voorlopige conclusie: hebben derden ten aanzien van de (voor hen niet kenbare) bestuursonbevoegdheid der echtgenoten veel te vrezen van de gevolgen van het Verdrag 1978?

Erauw was in 1979 erg huiverig voor de gevolgen die de invoering van het Verdrag 1978 voor derden zou meebrengen. Hij schreef in een bespreking van het verdrag:⁶²

“Met het vraagstuk van de derden wordt een zwakke plek van het verdrag geraakt. Derden zijn duidelijk van weinig tel geweest. Men is er niet in geslaagd een klare regel voorop te stellen en zelfs niet om de gegroeide complexe regeling op een uniforme wijze uitwerking te doen krijgen. De onzekerheid die volgt, niet in het minst uit de aard van de verwijzingsregel» zelf, werpt iedere derde in complete duisternis.”

Is deze vrees terecht? Het lijkt mij juist om de positie van derden onder het vergrootglas te leggen omdat men er met de opmerking uit het verdrag en de toelichting erop, dat derden geen nadelige gevolgen van het veranderlijke stelsel mogen ondervinden, mijns inziens nog niet is. De geringe hoeveelheid literatuur die zich met concrete uitwerkingsproblemen bezighoudt zou op twee effecten kunnen wijzen. Het zou kunnen zijn dat het verdragssysteem duidelijk is en nadere uitleg niet noodzakelijk wordt geacht. Uit het hierboven behandelde blijkt mijns inziens dat men dit bezwaarlijk vol kan houden. Men zou uit de geringe oplossingspogingen ook kunnen afleiden dat het allemaal erg ingewikkeld is, en dat daarmee de positie van derden ook verre van eenvoudig is vast te stellen. Ik vrees dat het laatste het geval is.

De praktijk zal er waarschijnlijk door het gebruik van een aantal lapmiddelen minder moeite mee hebben. Bij belangrijke transacties zullen bijvoorbeeld banken er altijd voor zorgen dat beide echtgenoten zich verbinden als

62 Tijdschrift voor notarissen 1979, p. 15.

hoofdelijk medeschuldenaar, indien deze kredietverschaffers ook maar het geringste vermoeden hebben dat er iets van een 'IPR-luchtje' aan een zaak hangt. Zij doen dat ook vaak al bij internrechtelijke gevallen. Von Overbeck meent daarom dat men de nadelen voor derden niet moet overschatten.⁶³

De minder professionele crediteur die deze voorzorgsmaatregel niet genomen heeft, dreigt de dupe van het systeem te worden. Voordat hij gebruik kan maken van IPR-beschermingsmaatregelen en op verweren kan reageren, die hem de gelding van een buitenlands regime tegenwerpen zal hij ten minste enigszins op de hoogte moeten zijn van de inhoud van die regelingen.

Vaak zal in de praktijk de kennis bij de echtgenoten omtrent het toepasselijke regime op hun eigen huwelijksvermogen zo beperkt zijn, dat zij zich bij acties van schuldeisers neerleggen, vooral als deze juridische bijstand genieten, zodat zij zich niet adequaat op de situatie kunnen instellen en door de werking van het IPR-regelstelsel compleet worden overvallen. Op deze wijze wordt de werking van een conflictregel in het stelsel van Von Savigny eigenlijk omgekeerd: in plaats van de aanknoping aan het nauwst verbonden recht waar partijen een band mee hebben, overvalt het IPR de echtgenoten door plotseling een bepaald regime in werking te stellen waarop zij niet hadden gerekend. Behoudens de gevallen dat echtgenoten min of meer toevallig bij een notaris komen (die voldoende kennis van zaken heeft) die hen op de mogelijkheden en gevaren van de werking van het verdrag en de WCHv wijst, zullen echtgenoten niet met de materie vertrouwd zijn, en tenminste op dat punt geen voorsprong in kennis hebben op hun crediteuren. Mijns inziens verdient dit praktische gevolg van het verdrag niet bepaald een schoonheidsprijs.

63 Schweizer Jahrbuch für internationales Recht 1977, p. 121.

Veranderingen in het huwelijksvermogensregime of in de bestuursverdeling staande huwelijk in het Duitse IPR

In het onderhavige hoofdstuk zal worden onderzocht wat de gevolgen voor derden zijn die het Duitse recht verbindt aan de verandering van het toepasselijke recht staande huwelijk. Overeenkomstig de behandeling vanuit Nederlands perspectief in het voorgaande hoofdstuk, zullen in dit hoofdstuk de concrete overgangen naar Duits IPR worden behandeld. In onderdeel 22.4 zal worden behandeld in hoeverre een automatische verandering op grond van art. 7 Verdrag 1978 in het Duitse recht indirect doorwerkt via de renvoi-regeling van art.4 EGBGB.

Zoals reeds in onderdeel 18.3.2 sub b werd uitgewerkt, is er in beginsel slechts één wijze voor echtgenoten in het Duitse IPR om het huwelijksvermogensregime staande huwelijk te wijzigen, te weten via een rechtskeuze op grond van art. 15 lid 2 EGBGB. De werking van deze rechtskeuze is in beginsel ex nunc, tenzij echtgenoten ervoor kiezen al hun goederen onder het gekozen recht te doen vallen. In het vervolg ga ik ervan uit dat de echtgenoten zich daarover niet hebben uitgesproken en dat het van het gekozen recht afhangt, of er iets met de onder het oude recht vallende goederen moet gebeuren of niet.

Zouden de echtgenoten zich hebben uitgesproken over de gang van zaken met betrekking tot de overgang dan zal daar in de praktijk mee verbonden zijn dat zij ook, indien nodig, de noodzakelijke wijzigingen in het Güterrechtsregister en het Grundbuch hebben voorgenomen, zodat het slechts zuiver theoretisch zou zijn om uit te werken wat de gevolgen zouden zijn als zij niet voor de inschrijvingen hadden gezorgd. Dit laat ik om die reden achterwege.

22.1 Verschillende overgangen en de gevolgen voor derden

In het vervolg zal ik de overgangen behandelen die vanuit de optiek van het Duitse IPR tussen de stelsels van het Nederlandse en het Duitse recht mogelijk zijn. Hierbij zullen alleen de hoofdvarianten worden besproken waarbij rekening moet worden gehouden met het feit dat alleen echtgenoten die volgens het Duitse IPR onder Duits huwelijksgoederenrecht vallen, met de

hier genoemde rechtsgevolgen te maken krijgen. In andere gevallen, waar bijvoorbeeld een buitenlands echtpaar huwt, geldt naar Duits IPR het buitenlandse recht, waarbij via renvoi, art. 4 lid 1 EGBGB, het IPR van dat land een doorslaggevende rol krijgt toebedeeld. In het vervolg laat ik de laatstgenoemde groep van echtparen buiten beschouwing. De Duitse praktijkjurist moet bij deze echtgenoten hetzelfde rechtsgevolg bereiken als de rechter in het land, wiens recht het regime beheerst. Bij Nederlandse echtgenoten moet de Duitse rechtstoepasser dan de resultaten bereiken die in het vorige hoofdstuk zijn uitgewerkt.¹

Daarnaast zal ik bij de voorbeelden uitgaan van een echtpaar dat slechts eenmaal gedurende hun huwelijk van regime verandert. Alle daarop volgende wijzigingen moeten vervolgens analoog uit de oplossingen van de behandelde overgangen worden afgeleid.

22.1.1 Verandering door een rechtskeuze sec van het Duitse wettelijk stelsel naar het Nederlandse wettelijk stelsel

Goederenrechtelijk brengt deze overgang een boedelmenging met zich mee die alle goederen van de echtgenoten omvat, tenzij art. 1:94 BW deze buiten de gemeenschap plaatst. De vraag is of daarnaast een afwikkeling van het oude stelsel plaatsvindt. Uitgaande van het in onderdeel 18.3.2 behandelde systeem van het Duitse IPR is een afwikkeling van het vorige stelsel noodzakelijk bij een rechtskeuze naar Duits IPR. Rechtskeuze gepaard gaande met overgang naar het Nederlandse wettelijk stelsel wordt daarbij geïnterpreteerd als een van de gronden voor verrekening van de Zugewinnausgleich waar § 1372 BGB over spreekt.² De wettelijke vordering tot betaling van de Zugewinnanspruch staat onder bestuur van de echtgenoot-schuldeiser. Ter voldoening van die aanspraak kan de schuldenaar de goederen onder bestuur brengen van de schuldeiser via de formele weg die de *lex rei sitae* kent. De eventueel noodzakelijke titel van de overdracht moet zijn: voldoening van de verrekeningsvordering. Levering dient plaats te vinden volgens de plaatselijke goederenrechtelijke voorschriften. De afwikkeling is alleen van belang voor de bestuursverdeling. Laat men de afwikkeling achterwege, dan zal bij vaststelling van de wederzijdse bestuursarealen rekening gehouden moeten worden met het bestaan van een vordering van de ene echtgenoot op de andere ten bedrage van de Zugewinnanspruch. Mijns inziens is deze vorde-

1 Zoals in onderdeel 18.1 besproken is, geldt dat niet wanneer via renvoi de bepalingen het van Haagse huwelijksgevolgenverdrag 1905 zouden moeten worden toegepast. Volgens de Duitse opvatting zijn deze bepalingen, die uitgaan van de aanknopng aan de nationale wet van de man, in strijd met het discriminatieverbod.

2 Zo ook Henrich, Referaat op het Lausanner Kolloquium, p. 109; Rauscher, NJW 1987, p. 532 in een andere context maar met dezelfde conclusie. Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 15 EGBGB Rn 277, wijst erop dat ook indien de beëindiging van de Zugewinngemeinschaft plaatsvindt naar aanleiding van een echtscheiding, de afrekening door het huwelijksgoederenregime wordt beheerst.

ring tussen de echtgenoten tijdens het huwelijk in gelijke zin te behandelen als de in het Nederlandse recht bekende reprises en recompenses.³

Echtgenoten kunnen er ook voor opteren, dat alle goederen direct onder het nieuwe regime vallen, zie onderdeel 18.3.2 sub c. Mijns inziens moet men zich in dat geval afvragen of de echtgenoten de Zugewinnausgleich achterwege willen laten. De basis van de rechtskeuze in het Duitse IPR is immers de werking ex nunc, die tot de afwikkeling van het oude stelsel aanleiding geeft.

Het lijkt mij een goede zaak als een notaris die een rechtskeuze van de echtgenoten vastlegt, waarbij gebruik gemaakt wordt van de wettelijke mogelijkheid om alle goederen onder het nieuwe stelsel te brengen,⁴ ook de bedoeling van partijen met betrekking tot de Zugewinnausgleich in de akte vermeldt.

GEVOLGEN VOOR DERDEN TEN AANZIEN VAN DE BESTUURSBEVOEGDHEID

Vanuit de Duitse visie krijgen echtgenoten door de rechtskeuze een buitenlands huwelijksvermogensregime. Qua bestuur verandert er, afgezien van de gevolgen van de afrekening van de Zugewinnngemeinschaft, niets.⁵

Inschrijving van het buitenlandse regime in het Güterrechtsregister heeft bij roerende zaken in deze situatie weinig effect omdat na de overgang de bestuursbevoegdheid onveranderd blijft. Slechts bij bestuurswisselingen op grond van art. 1:97 lid 2 BW zal een inschrijving wellicht theoretisch (omdat de inschrijving bijna nooit plaatsvindt) nuttig zijn. Derden zijn dan gewaarschuwd dat de Nederlandse gemeenschap van goederen geldt. Maar als zij niet op de hoogte zijn van de gevolgen van deze bestuurswisseling naar Nederlands recht, kunnen zij nog beschermd worden door art. 16 lid 2 EGBGB j° § 1431/1456 BGB,⁶ indien de desbetreffende rechtshandeling valt onder die waarvoor het Nederlandse recht gemeenschappelijk bestuur heeft voorgeschreven, terwijl naar Duits recht de echtgenoot die het beroep of bedrijf uitoefent, haar wel zonder toestemming van zijn echtgenoot mag verrichten.

Mochten derden niet door een inschrijving in het huwelijksgoederenregister zijn gewaarschuwd, en willen zij een niet-registergoed verkrijgen van een beschikkingsonbevoegde vervreemder, kunnen zij dan een beroep doen op een

3 Over het karakter in het kader van het Nederlandse recht van de Zugewinnausgleichsvordering is weinig bekend. Aangezien dit voor de bestuursverdeling niet relevant is, laat ik dit verder buiten beschouwing.

4 BT-Drucksache 10/504, p. 58.

5 De inhoud van 'bestuur' stemt naar Nederlands en Duits recht, waar wordt gesproken van 'Verwaltungsmacht' op het terrein van beschikkingsbevoegdheid, min of meer overeen. Een inbreuk op de feitelijke macht over een goed door de andere echtgenoot wordt mijns inziens ook naar Duits recht als een bestuursoverschrijding gezien. Dit is af te leiden uit de passage in § 1422 BGB waarin de verwalvende echtgenoot de goederen in 'Besitz' kan nemen en feitelijke inbreuken daarmee als 'Besitzstörung' in de zin van § 854 BGB kunnen worden gekwalificeerd. Zie Palandt/Bassenge, Randnr. 2 van Einl. vor § 854; MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 2, 3, 9 e.v. bij § 1422 BGB.

6 Voor een uitwerking van deze bepalingen zie de onderdelen 6.2 en 6.3.

beschermingsmaatregel? Dat hangt ervan af of het niet-registergoed tot de inboedelgoederen gerekend kan worden. Indien dit het geval is, kan dat op twee manieren van invloed zijn op de mate van bescherming die de derde geniet.

Bij echtgenoten die onbevoegdlijk beschikken maar de reden hiervan - de wijziging van hun regime door rechtskeuze - niet in het Güterrechtsregister hebben ingeschreven, ligt bescherming van de verkrijger van een goed der echtgenoten (of van een van hen) via art. 16 lid 1 EGBGB voor de hand. De derde wordt dan beschermd in zijn gerechtvaardigd vertrouwen dat de echtgenoten in de Zugewinnngemeinschaft zijn gehuwd. Zou de handelende echtgenoot volgens dat regime wel bestuursbevoegd zijn, dan mag de verkrijger hierop vertrouwen.

Betreft het goed een inboedelgoed dan is daarmee de verkrijging van het goed in Duitsland problematisch: bij het beschermde vertrouwen dat de derde in de gelding van de Zugewinnngemeinschaft mag hebben, hoort ook dat de derde rekening houdt met de naar Duits IPR aan het huwelijksgoederenrecht gekoppelde toestemmingsvereisten.⁷ Bij 'Haushaltsgegenstände' is volgens § 1369 BGB voor echtgenoten met Zugewinnngemeinschaft voor de vervreemding in de obligatoire en goederenrechtelijke fase toestemming van de andere echtgenoot vereist. Bij het ontbreken daarvan is volgens § 1366 BGB 'Genehmigung' vereist van de niet handelende echtgenoot. Weigert deze de toestemming te geven dan is de rechtshandeling nietig, zie hoofdstuk 14.

Ook langs de goederenrechtelijke weg komt de verkrijger van een goed van een bestuursonbevoegde echtgenoot niet verder als het goed een inboedelgoed uit de echtelijke woning is. Als de overdracht een in Duitsland gelegen inboedelgoed betreft zou wellicht § 932 BGB een derde-verkrijger te goeder trouw kunnen beschermen, maar op deze bescherming wordt door § 935 BGB een ernstige inbreuk gemaakt (geen verkrijging van eigendom bij 'Abhandenkommen'), zie onderdeel 4.1. Ten aanzien van dit soort goederen zou langs deze weg ook geen verkrijging van de eigendom van een inboedelgoed uit de echtelijke woning mogelijk zijn.

Voor registergoederen spelen andere bepalingen een grote rol bij de bescherming van de belangen van de verkrijger van een goed, dat door de bestuursverandering onder bestuur is gekomen van de andere echtgenoot. Voorop staat dat naast de inschrijving in het Güterrechtsregister hier de inschrijving in het Grundbuch veel belangrijker is. Door de rechtskeuze voor Nederlands recht is het registergoed, laten wij uitgaan van een huis, in de Nederlandse gemeenschap gevallen. In ieder geval moet het Grundbuch worden aangepast met de vermelding van het feit dat het huis voortaan gemeenschappelijk eigendom is.⁸ Bij de overdracht van het huis van de hande

7 Zie voor de internrechtelijke behandeling hoofdstuk 14; voor de IPR-behandeling hoofdstuk 26.

8 Door het systeem van het Duitse Grundbuch is nogal problematisch hoe de inschrijving exact moet luiden aangezien de daarbij betrokken ambtenaren eisen dat inschrijving geschiedt overeenkomstig een van de Duitse categorieën van mede-eigendom. De Nederlandse gemeenschap met de daarbij

lende echtgenoot aan de derde moet de notaris nagaan wat in het Grundbuch is geregistreerd, § 21 BeurkG.⁹ Speelt een eventuele inschrijving in het Güterrechtsregister nog een rol, wanneer de echtgenoten noch de notaris noch de wederpartij omtrent de rechtskeuze inlichten? Wanneer de rechtskeuze niet is ingeschreven in het Güterrechtsregister, dan mag de verkrijger ervan uitgaan dat de Zugewinnngemeinschaft geldt en dat de echtgenoot op wiens naam het huis staat, bestuursbevoegd is. Van een eventuele bestuurswisseling ex art. 1:97 lid 2 BW heeft hij geen last.¹⁰

Wanneer de rechtskeuze in Duitsland was gedaan, zal de notaris er in het algemeen op hebben toegezien, dat de inschrijving in het Grundbuch is aangepast. In dat geval is deze inschrijving, zeker wanneer zij in overeenstemming is met het beeld van het Güterrechtsregister, bij de verkrijging door een onkundige derde doorslaggevend. Als inschrijving alleen in het Güterrechtsregister maar niet in het Grundbuch heeft plaatsgevonden, zal op grond van § 892 BGB bij een in Duitsland gelegen huis toch bescherming van de derde mogelijk zijn mits deze niet op de hoogte was van de ware eigendomsverhoudingen.¹¹

Heeft de notaris in het Grundbuch doen inschrijven dat de Nederlandse gemeenschap de reden voor mede-eigendom is, dan zou men eigenlijk moeten aannemen dat de derde op de hoogte moet zijn van de Nederlandse bestuursregeling en nadeel ten gevolge van onkunde voor zijn rekening moet blijven. Ik vraag mij hierbij af of dit een realistisch standpunt is. Ten eerste kan een Duitse notaris niet gehouden worden tot het verstrekken van informatie over buitenlands recht, § 17 lid 3 BeurkG. Mocht de verkrijger proberen om concrete informatie van de echtgenoten te verkrijgen dan zal dit in vele gevallen op niets uitlopen, omdat de ervaring leert, dat slechts een klein percentage van de echtgenoten exact op de hoogte is van de juridische gevolgen van hun huwelijksgoederenregime.

In de praktijk zal de notaris nooit enig risico willen lopen en zal hij steeds de medewerking van beide echtgenoten eisen, ook wanneer dit naar de Nederlands bestuursregeling niet nodig is, zo blijkt uit opmerkingen van Duitse praktijkjuristen.¹² Bestuursoverschrijdingen ten gevolge van art. 1:97 lid 2 BW zullen in Duitsland dan ook nauwelijks voorkomen.

horende bijzondere bestuursregeling en de regels omtrent het bestuur bij ontbinding van de gemeenschap levert binnen dat systeem grote frictie op. Aangezien de uitwerking hiervan te ver zou voeren, laat ik dit probleem verder buiten beschouwing. Zie Schmellenkamp, *Beteiligung niederländischer Personen und Gesellschaften an Rechtsgeschäften über Grundbesitz in Deutschland*, p. 75-76.

9 Palandt/Heinrichs, Randnr. 2 bij § 21 BeurkG.

10 Zie daarover ook hoofdstuk 26 ten aanzien van art. 16 lid 2 EGBGB.

11 Zie onderdeel 4.1 over de relatie tussen de feiten die in de verschillende registers zijn ingeschreven.

12 Zie Schmellenkamp, *Beteiligung niederländischer Personen und Gesellschaften an Rechtsgeschäften über Grundbesitz in Deutschland*, p. 75-76.

22.1.2 Verandering door rechtskeuze sec van het Nederlandse wettelijk stelsel naar het Duitse wettelijk stelsel

Deze overgang is een voorbeeld van een situatie waarin de wet niet de afwikkeling van een stelsel heeft geregeld, zoals dit bij de Zugewinnngemeinschaft wel het geval was. Er blijft immers een door de echtgenoten uit te voeren verdeling noodzakelijk die naar Nederlands recht niet van rechtswege plaatsvindt.

De Duitse wetgever heeft hiervoor geen oplossing gegeven.¹³ zodat twee wagons naast elkaar lopen totdat het Nederlandse stelsel is afgewikkeld. Stoll¹⁴ heeft in zijn dissertatie de nadelen geschetst van het geval dat de echtgenoten de verdeling langere tijd achterwege laten. Een van de nadelen is dat op grond van zaaksvervangingsregels uit het oude stelsel ook goederen die na de rechtskeuze worden aangeschaft, nog onder het oude regime kunnen vallen. De Duitse rechtsorde moet in dit geval aan de bepalingen van het Nederlandse recht, bijvoorbeeld art. 1:97 lid 1, 2e zin BW, voorrang laten. Dat draagt niet bij tot heldere eigendomsverhoudingen.

Wanneer echtgenoten de afwikkeling van de gemeenschap van goederen achterwege laten, zullen, afgezien van de genoemde zaaksvervangingsregels, alle nieuw verkregen goederen in de privévermogens vallen overeenkomstig de regels van de Zugewinnngemeinschaft en zal de ontbonden gemeenschap als dode gemeenschap blijven voortbestaan. Ervan uitgaande dat de afwikkeling moet plaatsvinden naar het oude recht, moet art. 1:99 BW ruimer worden geïnterpreteerd en moet ook de verandering naar een ander stelsel op grond van een rechtskeuze sec daaronder worden verstaan, zoals Stoll voorstelt.¹⁵ Daarna vindt een verdeling plaats overeenkomstig de op art. 1:99 volgende artikelen van het Nederlandse BW.

In de tussentijd, voordat de boedelscheiding heeft plaatsgevonden, blijft het gemeenschappelijk vermogen bestaan. Dat is goederenrechtelijk in deze constellatie geen probleem omdat het instituut goederengemeenschap in Duitsland geen onbekende is. Als de verdeling plaatsvindt moeten de echtgenoten ervoor zorgen dat in het Grundbuch ten aanzien van hen toebehorende onroerende zaken wordt vermeld aan wie zij zijn toegescheiden, waarbij het ook mogelijk is dat de echtgenoten voortaan mede-eigenaar van een goed zijn in een Bruchteilsgemeinschaft naar Duits recht.

De vorm van die afwikkeling wordt overigens beheerst door de *lex rei sitae* van de goederen.¹⁶ Naar Nederlands recht is voor de verdeling van een ge-

¹³ BT-Drucksache 10/504, p. 58.

¹⁴ Stoll, diss. p. 88.

¹⁵ Diss. p. 87.

¹⁶ Palandt/Thomas, Randnr. 4 bij § 752. Als echtgenoten het er niet over eens worden wie welke helft van de boedel moet krijgen, en beide helften zijn evengroot, dan moet verdeling door het lot geschieden.

meenschap een levering vereist, art. 3:186 BW, die in dezelfde vorm moet plaatsvinden als voor overdracht is voorgeschreven.¹⁷ Het Duitse recht kent dezelfde vereisten, § 1477 j° 752 BGB.¹⁸ Voor de levering van onroerend vermogen is derhalve onder meer de inschrijving in het Grundbuch vereist, § 873 BGB. Voor het overige valt de boedelscheiding onder het toepasselijke (oude) huwelijksvermogensregime.¹⁹

GEVOLGEN VOOR DERDEN OP HET TERREIN VAN HET BESTUUR

Nadat de rechtskeuze de overgang heeft bewerkstelligd naar de Zugewinngemeinschaft kunnen derden met drie vermogens worden geconfronteerd. Ten eerste blijft de oude Nederlandse gemeenschap bestaan die bij haar ontbinding is overgegaan van de wettelijke gemeenschap, beheerst door de bepalingen van titel 1.7 BW, naar een zogenaamde ‘dode’ gemeenschap die wordt beheerst door de afdeling 3.7.2 in verbinding met afdeling 3.7.1, zie art. 3:189 BW. Daarnaast hebben de echtgenoten elk een privévermogen. Deze vermogens bestaan uit hetgeen echtgenoten voor de ontbinding van de gemeenschap al privé hadden verkregen ex art. 1:94 lid 1 en 3 BW, en al hetgeen de desbetreffende echtgenoot heeft verkregen na het begin van de Zugewinngemeinschaft.

Welke goederen vallen bij deze overgang onder welk regime? Zelfs derden die op de hoogte zijn van de overgang, zullen dit niet eenvoudig vast kunnen stellen (mede omdat waarschijnlijk een groot aantal echtgenoten het niet eens precies kan aangeven). Een typisch overgangsprobleem zou bijvoorbeeld zijn dat een echtgenoot die onder het oude regime bestuursbevoegd was over een bepaald goed ex art. 1:97 lid 1 BW, ook na de overgang hier alleen over wil beschikken. Hiertoe is hij op dat moment op grond van art. 3:189 j° 170 lid 2 BW niet meer gerechtigd omdat de echtgenoten alleen samen mogen beschikken over goederen van de oude gemeenschap. Kan een derde worden beschermd die in Duitsland met een dergelijke casus wordt geconfronteerd? Mijns inziens kan in dit geval de bescherming bij de verkrijging van roerende goederen weer verlopen langs twee wegen. De eerste weg loopt via art. 16 lid 1 EGBGB. Deze bescherming²⁰ kan alleen een rol spelen als de echtgenoten hun huidige regime niet in het Güterrechtsregister hebben ingeschreven. Hebben zij nooit iets ingeschreven dan mag de derde ervan uitgaan dat steeds de Zugewinngemeinschaft heeft gegolden en hoeft hij zich niets aan te trekken van de ontbonden huwelijksgemeenschap, mits hij hiervan niet op de

17 T&C (Mellema-Kranenburg), aant. 1 bij art. 3:186 BW; HR 4 november 1994, NJ 1996 485 mnt. WMK, herhaald in HR 27 oktober 1995, RvdW 1995 218C; MünchKomm (Kreuzer), Randnr. 28 bij Anhang I na art. 38 EGBGB.

18 Het Duitse recht gaat uit van een verdeling van de aanwezige goederen, en alleen als dat niet lukt, een verdeling van de opbrengst na de verkoop van gemeenschapsgoederen, § 752 BGB.

19 MünchKomm (Siehr), Randnr. 70 bij art. 15 EGBGB.

20 Voor details zie hoofdstuk 18.

hoogte was.²¹

Is wel een inschrijving van de Nederlandse gemeenschap van goederen in het Güterrechtsregister gepleegd maar is de rechtskeuze voor Duits recht niet ingeschreven, dan wordt de derde beschermd door art. 16 EGBGB. Handelt een echtgenoot zonder de vereiste toestemming die bij de Zugewinnngemeinschaft hoort, dan kan de andere echtgenoot zich niet op gelding van de Zugewinnngemeinschaft beroepen omdat volgens het Güterrechtsregister nog steeds de Nederlandse gemeenschap blijkt te gelden en hoeft in de ogen van de derde alleen aan de Nederlandse vereisten te zijn voldaan.²²

Als echtgenoten de inschrijving in het Güterrechtsregister up-to-date hebben gehouden, dan kunnen derden zich niet meer met vrucht beroepen op de goede trouw, vereist voor de tweede beschermingsroute, § 932 BGB. Met betrekking tot roerende zaken vervalt in dat geval de goede trouw.²³

Voor registergoederen is dat anders. Wanneer de echtgenoten de verkrijging van bijvoorbeeld een huis in de Nederlandse gemeenschap hadden doen inschrijven in het Grundbuch, dan zal de tenaamstelling vaak op beider naam luiden, omdat dit in de Grundbuch-praktijk gebruikelijk is, zie in het vorige onderdeel. In dat geval moeten beide echtgenoten samen als bestuursbevoegd worden aangemerkt en doet reeds daarom de overgang bestuurstechnisch niet ter zake: echtgenoten moeten steeds samen optreden: eerst ex art. 1:97 lid 1 (of 2) BW, na de overgang op grond van art. 3:189 j° 170 lid 2 BW. Of de echtgenoten de overgang in het Güterrechtsregister hadden ingeschreven, is daardoor feitelijk niet van belang.

Is het huis slechts op naam van een der echtgenoten gesteld waarbij is vermeld dat deze echtgenoot in de Nederlandse wettelijke gemeenschap is gehuwd, dan zal mijns inziens de vermelding van de overgang in het Güterrechtsregister meebrengen dat de derde op de hoogte wordt geacht te zijn van de wijziging van de bestuursregeling door de ontbinding van de gemeenschap, maar hierover is in de Duitse literatuur geen materiaal te vinden. Het huis blijft tot de verdeling mede-eigendom van beide echtgenoten, zodat het Grundbuch door de overgang sec niet onjuist wordt. Heeft onder de laatstgenoemde omstandigheden een derde het huis verkregen na de overgang verkregen van slechts die echtgenoot, op wiens naam het huis staat, dan kan mijns inziens de andere echtgenoot met succes een beroep doen op een bestuursoverschrijding door de handelende echtgenoot. De overdracht van het goed gaat in dat geval wegens bestuursonbevoegdheid van de vervreemder niet door.

21 Zie § 1412 BGB, waar door art. 16 lid 1 EGBGB naar wordt verwezen. Deze bepaling spreekt van 'bekannt war'.

22 Of de derde zich vanuit Duits standpunt moet confirmeren aan art. 1:88 BW wordt besproken in hoofdstuk 24.

23 Zie onderdeel 6.3. Het eerder opgemerkte over § 935 BGB geldt ook hier.

22.1.3 Verandering door rechtskeuze met huwelijkse voorwaarden van de Nederlandse gemeenschap van goederen naar de Duitse Gütertrennung

Zolang het huwelijk bestaat zullen de rechtsgevolgen van een overgang van de Nederlandse wettelijke gemeenschap naar de Gütertrennung voor derden niet anders zijn dan in het hiervoor in onderdeel 22.1.1 beschrevene. Het verschil tussen de Gütertrennung en de Zugewinnngemeinschaft manifesteert zich immers niet tijdens, maar pas bij beëindiging van het regime.

Deze overgang kan alleen worden gerealiseerd door tegelijk met de rechtskeuze huwelijkse voorwaarden te maken. Formeel moet dit geschieden in de vorm van een rechtskeuze, art. 15 lid 3 j° 14 lid 4 EGBGB, tenzij het lokale recht een strengere norm kent voor huwelijkse voorwaarden.²⁴ Dan moet de strengste norm worden gevolgd. Voor dit geval waarin wordt afgesproken om over te gaan van de Nederlandse wettelijke gemeenschap naar de Duitse Gütertrennung, behoeven de rechtskeuze in combinatie met huwelijksvoorwaarden in ons kader niet aan meer eisen te voldoen dan de eerder besproken rechtskeuzes sec, ongeacht of zij in Nederland of Duitsland wordt gedaan. Beide landen kennen voor dit geval geen zwaardere eisen voor combinaties van rechtskeuzes en de aanwijzing van een keuzestelsel binnen het gekozen recht, zie ook onderdeel 18.3.2 sub b.

22.1.4 Verandering door rechtskeuze van de Duitse Gütertrennung naar de Nederlandse gemeenschap van goederen

Deze overgang geeft voor echtgenoten de minste complicaties: alle goederen die zij voor de overgang bezaten vallen volgens art. 1:93 in de gemeenschap van goederen, tenzij dit op grond van lid 3 niet mogelijk is. Er hoeft geen afwikkeling plaats te vinden vanwege de magnetische werking van de gemeenschap, die afgezien van de bekende uitzonderingen, het gehele vermogen van beide echtgenoten omvat.

GEVOLGEN VOOR DERDEN

Zodra echtgenoten met onroerende zaken in Duitsland het nieuwe stelsel in het Grundbuch hebben ingeschreven, kunnen zij op dit stelsel een beroep doen, maar feitelijk blijft de bestuursverdeling onveranderd.²⁵ Hetgeen echtgenoten in de gemeenschap hebben ingebracht, blijft in hun bestuursareaal. Inschrijving is derhalve alleen nodig ter correctie van het Grundbuch, niet om de bestuursbevoegdheid op juiste wijze te kunnen uitoefenen. Het is wel aan te raden om een inschrijving te verrichten maar dat heeft meer de functie van

²⁴ MünchKomm (Siehr), Randnr. 34 bij art. 15 EGBGB.

²⁵ Een bestuurswisseling op grond van art. 1:97 lid 2 BW laat ik buiten beschouwing. Deze is reeds eerder aan de orde geweest in onderdeel 22.1.1.

het verschaffen van het juiste huwelijksgoederenrechtelijke plaatje, mede gezien de later te behandelen huwelijksgevolgenrechtelijke consequenties.

22.1.5 Verandering door rechtskeuze met huwelijkse voorwaarden van de Nederlandse wettelijke gemeenschap naar de Duitse Gütergemeinschaft

Bij deze overgang zal de grootste vermogensmassa, de gemeenschap van goederen, vrij geruisloos overgaan naar het nieuwe stelsel. De privégoederen naar Nederlands recht, art. 1:94 BW, zullen Vorbehalts- dan wel Sondergut worden indien zij vallen onder de definitie van de §§ 1417 en 1418 BGB. Slechts als de echtgenoten in de huwelijkse voorwaarden waarin zij opteren voor de Duitse Gütergemeinschaft, nog andere goederen tot Vorbehaltsgut bestempelen, kunnen zij de desbetreffende goederen buiten de gemeenschap naar Duits recht houden. Deze mogelijkheid bestaat mijns inziens ook voor goederen die voor de overgang behoorden tot de Nederlandse gemeenschap. Voor deze goederen wordt dan een overdracht gerealiseerd van gemeenschap-pelijk eigendom naar privé-eigendom die moet plaatsvinden volgens de lokale goederenrechtelijke regels, analoog aan een volledige boedelscheiding. Bij afwikkeling in Nederland of Duitsland zal derhalve een levering vereist zijn, zie art. 3:186 of § 1477 j° 752 BGB. De titel staat in de huwelijkse voorwaarden waarin vorming van Vorbehaltsgut overeengekomen is.

Bij onroerende zaken die gemeenschapsgoed zijn, zullen echtgenoten op de noodzaak gewezen moeten worden dat zij alleen door een inschrijving in het Güterrechtsregister kunnen bewerkstelligen dat derden op de hoogte zijn van de overgang van de Nederlandse gemeenschap naar de Duitse gemeenschap. Daarmee wordt voor derden gelijk duidelijk dat het Nederlandse stelsel van gesplitst bestuur dat in Duitsland niet mogelijk is, wordt vervangen door een van de varianten van § 1421 BGB. Met de gelding van de Duitse Gütergemeinschaft ex nunc moet mijns inziens ook worden aangenomen dat de Duitse bestuursregeling gaat gelden, ook al vindt goederenrechtelijk geen overgang van de goederen naar een ander vermogen plaats.

Laten zij de inschrijving na, dan zou nog steeds de naar Nederlands recht bevoegde echtgenoot de zaak kunnen vervreemden omdat derden die niet over andere informatie beschikken, mogen afgaan op voortdurende gelding van het Nederlandse huwelijksgoederenrecht in combinatie met de vermelding in het Grundbuch dat het een gemeenschappelijk goed is.

Voor roerende zaken is inschrijving in het Güterrechtsregister van belang omdat daarmee de goede trouw bij de derde wordt weggenomen. Hebben de echtgenoten het oude regime nooit ingeschreven dan mogen derden te goeder trouw, ongeacht of het werkelijk geldende stelsel de Nederlandse goederengemeenschap of de Duitse gemeenschap is, uitgaan van de Duitse Zuge-

winningsgemeenschap, indien aan de vereisten van art. 16 lid 1 EGBGB is voldaan. Dacht een derde bij de verkrijging van een goed dat hij te maken heeft met een exclusief eigenaar naar het Duitse wettelijk stelsel dan wordt hij tevens beschermd door de Duitse goederenrechtelijke beschermingsregels indien het goed in Duitsland gelegen is. Voor goederen in andere staten geldt de plaatselijke goederenrechtelijke beschermingsregel.

Als het feit dat het goed tot een gemeenschap van goederen behoort, aan de derde bekend is, maar deze niet op de hoogte is van de ware bestuursverhoudingen, omdat alleen de Nederlandse gemeenschap is ingeschreven, dan wordt hij beschermd door art. 16 lid 1 EGBGB, en mag hij de echtgenoot die naar Nederlands recht bevoegd zou zijn, ook in dit geval voor bevoegd houden.

Ten aanzien van de goederen die privé blijven geldt in hoofdlijnen hetzelfde als vanuit de Nederlandse visie die in onderdeel 21.1.5 reeds aan bod is geweest. Concreet betekent dit dat, evenals in de Nederlandse visie, alle goederen Sondergut worden die daar naar Duits recht dwingendrechtelijk onder vallen, en dat al datgene Vorbehaltsgut wordt, wat de wet in § 1418 BGB of de echtgenoten in de huwelijkse voorwaarden daartoe bestemmen. Het eenvoudigste is als echtgenoten daarin verklaren dat al hetgeen naar Nederlands recht privégoed was, na de overgang Vorbehaltsgut wordt tenzij het al Sondergut is. Levering is dan niet nodig omdat hetgeen privégoed was, privégoed blijft.

22.1.6 Verandering door rechtskeuze van de Duitse Gütergemeinschaft naar de Nederlandse gemeenschap van goederen

In deze variant gaan de gemeenschapsgoederen van de Duitse gemeenschap direct over naar de Nederlandse gemeenschap. De Vorbehaltsgüter en Sondergüter blijven privévermogens van de echtgenoten voor zover art. 1:94 BW dat bepaalt. De andere goederen gaan door de overgang over naar het gemeenschapsvermogen. Anders dan ten aanzien van Vorbehaltsgüter in het Duitse recht, hebben echtgenoten niet de mogelijkheid om binnen het stelsel direct de omvang van hun privévermogen te bepalen. De enige mogelijkheid is om in huwelijkse voorwaarden²⁶ een beperkte wettelijke gemeenschap overeen te komen waarbij voor het gemeenschappelijk deel de regels inzake de wettelijke gemeenschap van goederen gelden. Voorbeelden uit de praktijk zijn de gemeenschap van inboedel en de omstreden gemeenschap van een (bepaald) huis.²⁷ Aangezien dit bijzondere vormen van de wettelijke gemeenschap zijn, zullen zij in het vervolg weer buiten beschouwing blijven.

De overgang van de Duitse naar de Nederlandse gemeenschap kan zich min

26 Art. 1:93 BW slot; Klaassen-Eggens-Luijten, p. 113.

27 Zie hierover o.a. Kraan, WPNR 6167/6168 (1995). Voor cijfermateriaal zie het onderzoek van Van Mourik c.s., WPNR 6069 (1992).

of meer buiten het zicht van derden voltrekken. Dat hangt ervan af of en in hoeverre de echtgenoten hun rechtskeuze kenbaar hebben gemaakt in het Güterrechtsregister waarbij ook relevant is of bij registergoederen het Grundbuch is aangepast aan het nieuwe regime. Ik zal dit toelichten aan de hand van enkele voorbeelden.

- a. Uit het Güterrechtsregister blijkt alleen dat de echtgenoten in de Duitse Gütergemeinschaft zijn gehuwd

Weten derden door een inschrijving in het register niet meer dan dat de echtgenoten in de Duitse gemeenschap zijn gehuwd dan mogen zij uitgaan van de voortdurende gelding van dat regime met de daarbij behorende bestuursverdeling, ook voor de onder het Nederlandse recht verkregen goederen, hoewel eigenlijk vanaf de overgang de Nederlandse bestuursregeling geldt.

Nemen wij als eerste voorbeeld dat de inschrijving in het Güterrechtsregister aangeeft dat de echtgenoten in de Duitse gemeenschap met gemeenschappelijk bestuur zijn gehuwd maar dat de overgang naar de Nederlandse gemeenschap niet is vermeld. Als over een goed dat na de overgang is aangeschaft door de vrouw, de man alleen wil beschikken, dan is deze beschikking niet geldig omdat ex art. 1:97 lid 1 BW de vrouw bestuursbevoegd is. De derde wordt niet ex art. 16 lid 1 EGBGB j° § 1412 BGB tegen de bestuursoverschrijding beschermd omdat naar Duits recht gemeenschappelijk zou moeten worden beschikt. Goederenrechtelijke beschermingsmaatregelen uit het Duitse recht als *lex rei sitae* helpen ook niet omdat de derde geacht wordt van de bestuursregeling naar Duits recht op de hoogte te zijn. Hij moet weten dat de goederen tot een gemeenschap behoren.

Omgekeerd, als de vrouw alleen beschikt over een goed dat naar Nederlands recht onder haar bestuur staat, is de rechtshandeling wel geldig hoewel de beschikking niet is verricht in overeenstemming met de Duitse regels. De derde kan er geen beroep op doen dat naar Duits recht inzake de Gütergemeinschaft de beschikking ongeldig was omdat de rechtshandeling naar het eigenlijk geldende recht wel geldig is.

Mocht onder het Duitse recht Einzelverwaltung zijn overeengekomen, dan worden alle beschikkingen die door de Verwalter worden gedaan, jegens de derde te goeder trouw geacht geldig te zijn indien de afgesproken Einzelverwaltung in het Güterrechtsregister was vermeld. De derde kan er immers op vertrouwen dat de inschrijving nog de werkelijke stand van zaken weergeeft. Hij hoeft geen rekening te houden met de mogelijkheid dat inmiddels rechtskeuze tot de gelding van een ander regime heeft geleid, dat niet in het register is opgenomen.

In dit geval zijn ook alle beschikkingen die zijn verricht door de niet-verwaltende echtgenoot die naar het nieuwe recht over het goed bestuursbevoegd is, geldig omdat over het goed wordt beschikt na de overgang naar de Neder-

landse gemeenschap van goederen. Volgens het nu geldende recht is door de bevoegde echtgenoot beschikt en het is niet relevant dat de derde nog in de verkeerde veronderstelling verkeert, dat deze echtgenoot niet bestuursbevoegd zou zijn. Het maakt mijns inziens daarbij geen verschil of het een goed betreft dat voor of na de wijziging was aangeschaft door de echtgenoten. Wanneer bijvoorbeeld een registergoed al aan de vrouw toebehoorde voordat zij was gehuwd, is het verdedigbaar om aan te nemen dat het van haar kant in de gemeenschap is gevallen in de zin van art. 1:97 lid 1 BW. Indien men daarentegen aanneemt dat degene die voor de wijziging het bestuur over het goed had, ook in de Nederlandse gemeenschap het bestuur over het goed heeft, dan zou dat tot ongewenste resultaten leiden. Bij de wettelijke bestuursverdeling zou dan steeds ook onder het Nederlandse stelsel enkelvoudig bestuur voor de oude goederen blijven bestaan, waardoor - ongeacht van welke zijde oorspronkelijk het goed in de gemeenschap is gevallen - altijd de Einzelverwalter het bestuur krijgt over de goederen in de Nederlandse gemeenschap. Dit is niet gewenst vanuit Nederlands zicht omdat dit niet overeenstemt met het criterium dat in het Nederlandse recht voor de oorsprong van bestuursbevoegdheid wordt aangenomen, de formele verkrijging van een goed.

Het lijkt mij daarom juister om het Nederlandse criterium van art. 1:97 lid 1 BW, het inbrengen in de gemeenschap, in dit verband te interpreteren als: inbrengen in de gemeenschap, ongeacht of het de Duitse of de Nederlandse gemeenschap is. Daarmee wordt bereikt dat alle goederen die aan een der echtgenoten waren geleverd, staan onder het bestuur van degene aan wie is geleverd, ongeacht of de levering plaatsvond onder het oude of het nieuwe regime. Dit leidt er impliciet toe dat de echtgenoot steeds het bestuur houdt over goederen die naar Duits recht onder zijn Vorbehaltsgut vielen.

Een bijkomend voordeel is dat de bestuursverdeling na de overgang niet gerelateerd blijft aan het bestuur dat onder het oude regime gold. Zou men deze aanhouden dan zou de Verwalter, vaak de man, na de overgang het bestuur over alle gemeenschapsgoederen houden waarover hij onder het Duitse regime ook bestuursbevoegd was. Een ander voordeel bestaat daaruit dat in de door mij verdedigde oplossing de niet-Verwalter het bestuur behoudt over de goederen die hij in de Duitse gemeenschap had ingebracht uit zijn voorhuwelijkse periode.²⁸ Ideaal is dit niet maar ik zie geen betere oplossing binnen het criterium van de formele verkrijging van art. 1:97 lid 1 BW.

- b. In het Güterrechtsregister is geen enkele inschrijving verricht ten aanzien van dit echtpaar
Mocht tevens de Duitse gemeenschap niet in het Güterrechtsregister zijn

28 Dit onderwerp wordt niet nader uitgewerkt in de Duitse literatuur omtrent dit onderwerp, zodat niet is te zeggen of mijn opvatting overeenstemt met de heersende leer.

vermeld dan mogen derden te goeder trouw uitgaan van de gelding van de Zugewinnngemeinschaft met exclusief bestuur voor degene die een goed formeel had verkregen. De derde die niet op de hoogte is van de gelding van de Duitse gemeenschap, mag zich voor de overgang beroepen op § 1412 BGB dat beschermt tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder die zijn oorsprong heeft in het feit dat eigenlijk een ander regime van toepassing is.

Ten aanzien van de derde te goeder trouw leidt deze overgang ertoe dat na de overgang de bestuursbevoegdheidsverdeling feitelijk juist zal worden aangenomen omdat een echtgenoot het bestuur over een goed heeft dat hij heeft verkregen, ongeacht of dit plaatsvond onder de (fictief geldende) Zugewinnngemeinschaft of hij mede-eigenaar is naar Nederlands huwelijks-goederenrecht. In beide gevallen krijgt immers de echtgenoot die het goed had verkregen, het bestuur erover.

Het enige verschil treedt op bij de bestuurswisseling ex art. 1:97 lid 2 BW, waar de andere echtgenoot voor bepaalde rechtshandelingen bestuursbevoegd is en voor beschikkingshandelingen gemeenschappelijk bestuur geldt. In deze situatie mag de derde te goeder trouw, passend in het stelsel van de Zugewinnngemeinschaft, bestuursbevoegdheid aannemen bij de echtgenoot aan wie het goed geleverd was, derhalve alsof de bestuurswisseling niet had plaatsgevonden, omdat hij er te goeder trouw van mag uitgaan dat geen overgang naar het Nederlandse recht had plaatsgevonden. De overgang was immers niet in het Güterrechtsregister vermeld.

c. Het Güterrechtsregister is up-to-date

Staan zowel de Duitse gemeenschap alsook de overgang naar de Nederlandse gemeenschap in het Güterrechtsregister dan wordt de derde geacht op de hoogte te zijn van deze stelsels en kan hij eventueel een beroep doen op art. 16 lid 2 EGBGB j° § 1431/1456 BGB, indien volgens het Duitse recht de echtgenoot die het beroep of bedrijf uitoefent, deze rechtshandeling wel had mogen verrichten.

Ten aanzien van registergoederen is de herkomst niet relevant, alleen de tenaamstelling. Daarom geldt ook hier weer dat de inschrijving in het Grundbuch een belangrijke rol speelt. Ervan uitgaande dat de Duitse gemeenschap in het Grundbuch is vermeld, blijven de oude regels gelden ten aanzien van voor de wijziging verkregen goederen totdat de overgang ook in het Grundbuch is vermeld. Verkrijgen echtgenoten na de rechtskeuze een registergoed dan dient de Duitse notaris ervoor te zorgen dat de inschrijving in het Grundbuch luidt op verkrijging in mede-eigendom naar Nederlands huwelijksgoederenrecht en dient hij rekening te houden met de tenaamstelling die immers

bepalend is voor de bestuursbevoegdheid.²⁹ Daaruit volgt ook dat alle onroerende goederen die op beider naam tijdens het Duitse ‘traject’ zijn ingeschreven, in de Nederlandse gemeenschap onder gemeenschappelijk bestuur komen. Heeft de notaris ervoor gezorgd dat de inschrijving in het Grundbuch steeds is aangepast aan het geldende huwelijksvermogensregime, dan kan een derde steeds op de hoogte van de rechtstoestand van het registergoed zijn, hetgeen belangrijk is als een echtgenoot alleen over het goed wil beschikken.

22.1.7 Verandering door rechtskeuze van de Nederlandse scheiding van goederen naar de Duitse Zugewinnngemeinschaft

Deze overgang heeft ten aanzien van de bestuursverdeling geen gevolgen. De echtgenoot die voor de overgang het bestuur naar Nederlands recht had over een goed, heeft die bevoegdheid ook na de overgang naar Duits recht. De overgang van het Duitse naar het Nederlandse bestuur zal daarom weinig gevolgen hebben.

De Zugewinnausgleich-vordering zal mijns inziens worden vastgesteld met als begindatum de overgang waarbij de vermogenstoenames die de echtgenoten onder het Nederlandse recht hadden gerealiseerd buiten beschouwing blijven, op dit terrein vergelijkbaar met voorhuwelijkse winsten tijdens de periode van ongehuwde samenwoning. Hiervoor is wel vereist dat de echtgenoten een boedelbeschrijving met waardevermelding ten aanzien van de verschillende goederen hebben opgemaakt, § 1377 BGB.³⁰

De verandering van regime heeft alleen gevolgen voor het al dan niet kunnen inroepen van bepaalde huwelijksgevolgenrechtelijke regels, die in hoofdstuk 26 aan de orde komen. Hebben echtgenoten de Nederlandse scheiding van goederen ingeschreven dan is het achterwege laten van een correctie bij de overgang niet relevant voor de bestuursverhoudingen; hetzelfde geldt voor het Grundbuch. Als de echtgenoten helemaal niets hadden vermeld mogen derden te goeder trouw uitgaan van de gelding van de Zugewinnngemeinschaft gedurende de hele huwelijksperiode, hetgeen op het terrein van het bestuur niet fataal is.

22.1.8 Verandering door rechtskeuze met huwelijkse voorwaarden van de Duitse Zugewinnngemeinschaft naar de Nederlandse scheiding van goederen

Ook hier verandert de bestuursverdeling niet. Alleen moet op het moment van

29 De werking van art. 1:88 BW laat ik hier buiten beschouwing. Over de problemen bij de tenaamstelling bij goederen die aan echtgenoten toebehoren in de Nederlandse wettelijke gemeenschap is eerder in dit hoofdstuk al gesproken.

30 Hebben de echtgenoten dit niet gedaan dan wordt ex lid 3 van § 1377 BGB aangenomen dat het ‘Endvermögen’ de Zugewinn van de echtgenoot vormt.

de overgang de Zugewinnausgleich worden berekend die de ene aan de andere echtgenoot moet voldoen. De vordering tot betaling ervan door de andere echtgenoot valt in het vermogen van de echtgenoot-crediteur.

22.1.9 Verandering door rechtskeuze met huwelijkse voorwaarden van de Nederlandse scheiding van goederen naar de Duitse Gütertrennung

Hiervoor geldt in beginsel hetzelfde als in onderdeel 22.1.7 is betoogd, waarbij de berekening van de Zugewinnausgleich natuurlijk achterwege blijft. Inschrijving of niet-inschrijving van de overgang in het Güterrechtsregister of het Grundbuch maakt geen onderscheid omdat derden te goeder trouw bij niet-inschrijving van de overgang mogen uitgaan van de Zugewinnngemeinschaft binnen de marges van art. 16 lid 1 EGBGB j° § 1412 BGB, hetgeen eveneens scheiding van goederen met zich zou meebrengen.³¹ Qua bestuursbevoegdheid van de echtgenoten verandert er niets.

22.1.10 Verandering door rechtskeuze met huwelijkse voorwaarden van de Duitse Gütertrennung naar de Nederlandse scheiding van goederen

De rechtsgevolgen zijn dezelfde als in onderdeel 22.1.9. besproken. De opmerking uit het vorige onderdeel over bescherming door art. 16 lid 1 EGBGB is hier ook van toepassing.

22.1.11 Verandering door rechtskeuze met huwelijkse voorwaarden van de Nederlandse scheiding van goederen naar de Duitse Gütergemeinschaft

Bij deze wijziging van het regime zullen alle goederen die de echtgenoten op dat moment in eigendom hebben, overgaan in de gemeenschap met uitzondering van die goederen die van rechtswege of door een afspraak van de echtgenoten in de huwelijkse voorwaarden Sondergut of Vorbehaltsgut zijn geworden. Als echtgenoten daar geen verdere afspraken over maken zullen de meeste goederen in de gemeenschap met gemeenschappelijk bestuur overgaan tenzij de echtgenoten Einzelverwaltung zijn overeengekomen. Ook hier kunnen verschillende gevallen worden onderscheiden, afhankelijk van hetgeen in de verschillende registers is gepubliceerd.

a. Alleen de Gütergemeinschaft is ingeschreven

Wanneer de echtgenoten hebben verzuimd om het Nederlandse stelsel in het Güterrechtsregister in te schrijven, is dat vanuit het oogpunt van bestuur geen probleem. De bestuursverdeling is bij de Zugewinnngemeinschaft en een

³¹ De huwelijksgevolgen verschillen per regime wel, zie hoofdstuk 26.

Nederlands stelsel van scheiding van goederen immers dezelfde.³² Hebben de echtgenoten na de overgang hun nieuwe regime wel ingeschreven, dan zijn derden door de inschrijving in het Güterrechtsregister gewaarschuwd en kan de inschrijving ook worden ingeroepen jegens derden die te goeder trouw zijn, § 1412 BGB (j° art. 16 lid 1 EGBGB).

b. Alleen de Nederlandse scheiding van goederen is ingeschreven, de overgang niet

Bij inschrijving van de Nederlandse scheiding van goederen maar bij het achterwege laten van de vermelding van de overgang, mogen derden uitgaan van de voortdurende gelding van het Nederlandse keuzestelsel. De vroeger bestuursbevoegde echtgenoot kan ook na de overgang over de goederen beschikken waarover hij destijds het bestuur had, zo mogen derden te goeder trouw aannemen ex art. 16 lid 1 EGBGB. De andere echtgenoot kan niet over de goederen beschikken waarover hij voor de overgang ook niet bestuursbevoegd was, zie § 1412 BGB, eerder behandeld in onderdeel 6.3. Dit kan ook aan een derde-verkrijger worden tegengeworpen, tenzij de handelende echtgenoot nu juist degene is die echtgenoten in de huwelijkse voorwaarden als Verwalter van de Gütergemeinschaft hebben aangewezen. In dat geval is geen bescherming noodzakelijk en is een door deze echtgenoot verrichte rechtshandeling desondanks geldig. De derde mag zich dan niet op vermeende ongeldigheid beroepen.

c. Er is niets geregistreerd in het Güterrechtsregister

Laten echtgenoten elke inschrijving in het Güterrechtsregister na dan kunnen derden te goeder trouw zich op het ontbreken van elke inschrijving beroepen volgens de regels van 16 lid 1 EGBGB j° § 1412 BGB. Jegens hen lijkt het alsof het bestuur geregeld is volgens de bestuursverdeling binnen de Zugewinnngemeinschaft. Ten aanzien van de onroerende zaken die de echtgenoten in Duitsland bezitten, prevaleert het Grundbuch boven het Güterrechtsregister, zie onderdeel 22.1.1 over de verhouding tussen inschrijving in de verschillende registers.

22.1.12 Verandering door rechtskeuze met huwelijkse voorwaarden van de Duitse Gütergemeinschaft naar de Nederlandse scheiding van goederen

In dit geval moeten echtgenoten eerst een boedelscheiding laten plaatsvinden voordat de toenmalige gemeenschapsgoederen aan de echtgenoten kunnen worden toegescheiden. Aangezien de wet dit niet uitputtend kan regelen, is

³² Men moet de vergelijking maken met de Zugewinnngemeinschaft omdat dit het regime is, waarop een derde te goeder trouw bij een ontbrekende inschrijving mag afgaan, art. 16 lid 1 EGBGB j° 1412 BGB.

ook hier sprake van een overgangperiode waarin restanten van het oude stelsel naast het nieuwe stelsel blijven bestaan. Zoals reeds in onderdeel 21.1.12 is uitgewerkt, hebben de echtgenoten in de tussentijd altijd gemeenschappelijke Verwaltung over de goederen die tot de oude gemeenschap behoorden, § 1472 lid 1 BGB, ongeacht de daarvóór geldende bestuursverdeling. Ten aanzien van de na de overgang verkregen goederen alsmede de Vorbehalts- en de Sondergüter hebben de echtgenoten zelf het bestuur, waarbij alleen gemeenschappelijk bestuur kan voorkomen als echtgenoten een goed tezamen hebben aangeschaft.

Bepalend voor de verhouding van derden tot dit echtpaar zijn een aantal verschillende feitenconstellaties denkbaar:

a. Inschrijving in het Güterrechtsregister heeft plaatsgevonden

Wanneer de echtgenoten destijds bij het begin van de Duitse Gütergemeinschaft hun regime in het Güterrechtsregister hadden ingeschreven, eventueel onder vermelding van het feit dat slechts een der echtgenoten het bestuur heeft over de gemeenschapsgoederen, moeten derden thans door een hernieuwde vermelding op de hoogte worden gebracht van het feit dat inmiddels scheiding van goederen geldt met bestuursbevoegdheid over het eigen privévermogen.

Voor alle voor de overgang aangeschafte gemeenschapsgoederen geldt gemeenschappelijk bestuur. Praktisch gezien zullen derden ‘voor de zekerheid’ moeten uitgaan van gemeenschappelijk optreden, tenzij duidelijk is dat de beschikkingshandeling betrekking heeft op een privégoed, hetzij omdat het tot het Vorbehaltsgut behoort, hetzij omdat het een na de overgang verkregen privégoed betreft. In dat geval kan de derde het goed verkrijgen van de bestuursbevoegde echtgenoot zelf.

b. De gemeenschap van goederen was niet ingeschreven

Hebben echtgenoten de Duitse gemeenschap van goederen niet ingeschreven in het Güterrechtsregister, dan mogen derden wederom uitgaan van de gelding van de Zugewinnngemeinschaft indien zij voldoen aan de vereisten van art. 16 lid 1 EGBGB. Voor de na de overgang aangeschafte goederen stemt hun beeld qua effect overeen met de werkelijkheid. Voor de daarvoor aangeschafte goederen geldt de handelende echtgenoot zelf als bestuursbevoegd volgens de regels van de Zugewinnngemeinschaft: was aan deze echtgenoot het goed destijds geleverd dan mag de derde ervan uitgaan dat hij daarover mocht beschikken. Dat in werkelijkheid aan de gemeenschap was geleverd, doet daarbij niet ter zake. Vermeld dient te worden dat dit niet opgaat voor roerende inboedelgoederen omdat hierbij in ieder geval de andere echtgenoot toestemming zou moeten geven voor de vervreemding ex § 1369 BGB, zie

hoofdstuk 14 voor het interne recht en 26 voor het IPR. Daarbij komt dat deze Mitbesitz zou hebben als zij in Zugewinnngemeinschaft zouden zijn gehuwd. Beschikt de handelende echtgenoot onbevoegdlijk over deze goederen, dan zal dit ‘Abhandenkommen’ in de zin van § 935 BGB opleveren, waardoor de derde geen eigendom van het goed kan verkrijgen.

Voor onroerende goederen geldt dat de mede-eigendom in de Duitse gemeenschap in de meeste gevallen wel in het Grundbuch vermeld zal zijn. Mocht een der echtgenoten het goed al voor het intreden van de gemeenschap in privé-eigendom hebben gehad en was de vermelding van de status nooit in het Grundbuch aangepast, dan mogen derden daarop afgaan, § 892 BGB. Hebben echtgenoten wel voor de inschrijving als gemeenschapsgoed gezorgd, dan zal een derde die niet ook het Güterrechtsregister raadpleegt, denken dat beide echtgenoten de Verwaltung hebben, omdat dit de wettelijke bestuursregeling bij de Duitse gemeenschap is. Hij heeft na de overgang dan gelijk de juiste indruk omtrent de beschikkingsmacht over het goed totdat het aan een der echtgenoten of aan beiden in gewone mede-eigendom is overgedragen. Deze toedeling moet dan ook weer in het Grundbuch worden vermeld omdat dit de leveringsformaliteit voor de verdeling is. Zolang dat niet is geschied, moet een derde ervan uitgaan dat de echtgenoten slechts tezamen bevoegd zijn om over het goed te beschikken. Daarna strookt de inschrijving weer met de werkelijke eigendomsverhoudingen.

22.2 Gevolgen voor derden van de opheffing van een keuze voor een bepaald huwelijksgoederenregime

Over de gevolgen voor derden van een opheffing van een rechtskeuze is in de Duitse literatuur weinig geschreven. Het komt mij voor dat de opheffing van een keuze die volgens de doctrine mogelijk is, zie onderdeel 18.3.2 sub c, rechtsgevolgen heeft die vergelijkbaar zijn met een regimewijziging krachtens een rechtskeuze zelf.³³ Ook in dit geval zal mijns inziens ‘wagonvorming’ optreden waarbij de achterste wagon het rechtssstelsel bevat waarnaar wordt teruggekeerd. Wat zich in de wagon(s) daarvoor bevindt, is afhankelijk van de inhoud van het tussentijds gekozen recht en het rechtssstelsel dat aanvankelijk vóór de rechtskeuze toepasselijk was. Daardoor wordt volgens de Duitse leer immers bepaald wat de gevolgen zijn van de overgang naar het nieuwe stelsel, zie onderdeel 18.3.2 sub c. Het nieuwe recht bepaalt dan wat

33 Het grote verschil is alleen dat de echtgenoten qua keuzemodaliteiten bij de ‘echte’ rechtskeuze zijn beperkt tot de alternatieven van art. 15 EGBGB. Bij de opheffing van een eerdere keuze keren de echtgenoten terug naar het daarvoor geldende stelsel. Het is daarbij irrelevant of de echtgenoten dit rechtssstelsel ook ex art. 15 EGBGB hadden mogen aanwijzen. Dit is anders dan in het Haagse huwelijksvermogensverdrag 1978, zie onderdeel 21.3. Een ander verschil is dat het veto krachtens het Verdrag kort na de verandering moet worden uitgesproken terwijl de opheffing van een keuze op enigerlei datum na het uitbrengen van de eerdere keuze kan geschieden.

moet geschieden met de goederen die voor de wijziging reeds aanwezig waren.

Nemen wij aan dat een Nederlands-Duits echtpaar, voor wie Duits recht gold als wet van de gemeenschappelijke woonplaats, het Nederlandse recht als nationale recht van de man als nieuw regime kiest. Vervolgens heffen zij de keuze weer op. Het komt mij voor dat vanuit Duits perspectief de goederen, die vóór de keuze waren verkregen, in de Nederlandse gemeenschap zijn opgenomen, omdat de gemeenschap magnetische werking heeft. Daardoor is de Nederlandse bestuursverdeling ook op deze vermogensbestanddelen van toepassing geworden. Heffen de echtgenoten de keuze vervolgens weer op, dan geldt voor alle op dat moment reeds verkregen goederen nog steeds de Nederlandse wettelijke gemeenschap; het Duitse recht is slechts op de daarna te verkrijgen goederen toepasselijk.³⁴ De rechtsgevolgen hiervan stemmen dan verder overeen met die, welke zijn behandeld in onderdeel 22.1.2.

22.3 Gevolgen in Duitsland van automatische veranderingen in het huwelijksgoederenregime van een echtpaar, veroorzaakt door art. 7 Verdrag 1978

Tot nu toe zijn veranderingen aan de orde geweest die veroorzaakt zijn door een rechtskeuze of de opheffing daarvan. Dit zijn rechtsfiguren die het Duitse IPR kent. Aangezien het Duitse IPR uitgaat van het principe dat in beginsel renvoi wordt aangenomen, zie onderdeel 18.3.1, is het ook mogelijk dat voor echtgenoten die in Duitsland (zijn gaan) wonen en wier (aanvankelijk) vaderland of woonland Verdragspartij is bij het Haags huwelijksvermogensverdrag 1978, het regime op grond van art. 7 lid 2 Verdrag 1978 overgaat van een buitenlands wettelijk stelsel naar de Duitse Zugewinnngemeinschaft.³⁵ De wijziging van regime kan zich bij een aantal verschillende casusposities voordoen.

Men kan zich afvragen of automatische veranderingen wellicht onder het renvoi-verbod van art. 4 lid 1 EGBGB moeten vallen of in strijd zijn met de Duitse openbare orde, art. 6 EGBGB. Beide vragen meen ik ontkennend te kunnen beantwoorden hoewel de Duitse jurisprudentie en doctrine daar in de toekomst wellicht andere uitspraken over zal doen. Aangezien het Duitse IPR-huwelijksvermogensrecht van het beginsel der onveranderlijkheid is afgestapt en bovendien geen strijd met het Grundgesetz is aan te nemen (ook de eigendomsgarantie van art. 14 lid 1 GG wordt daardoor niet geschonden)

³⁴ Zie voor de goederenrechtelijke gevolgen de onderdelen 22.1.1 en 22.1.2.

³⁵ Wij hebben hier nooit te maken met een geval dat het eerder geldende stelsel door een rechtskeuze of eerdere huwelijksvoorwaarden is aangewezen, omdat zowel rechtskeuze als huwelijksvoorwaarden automatische veranderingen voorkómen, art. 7 lid 2 aanhef. Per definitie kan het alleen overgangen betreffen van het ene naar het andere wettelijk stelsel, waarbij het laatste altijd het woonlandrecht is van de echtgenoten op het moment van de overgang. Zie verder onderdeel 17.1.4.

moet via renvoi doorwerking van het verdrag worden aangenomen. In het vervolg zal ik van deze opvatting uitgaan.

22.3.1 Remigratie naar het vaderland, i.c. Duitsland

Deze constellatie zal volgens art. 7 lid 2 Verdrag teweegbrengen dat vanaf het moment van remigratie Duits recht toepasselijk wordt voor een echtpaar dat de Duitse nationaliteit als gemeenschappelijke nationaliteit heeft.

Wanneer wij de gevolgen voor Nederlands-Duitse verhoudingen willen bekijken, dan kunnen wij uitgaan van een echtpaar dat in Nederland woonde, en verschillende nationaliteiten had ten tijde van de huwelijksluiting. Volgens Duits IPR, art. 14 j^o 15 EGBGB, geldt voor dit echtpaar het Nederlandse huwelijksvermogensrecht, aangezien zij, geen gemeenschappelijke nationaliteit bezittend, in Nederland woonden ten tijde van de huwelijksluiting. Aangezien dit wordt vastgesteld aan de hand van een objectieve conflictregel doelt deze verwijzing op het gehele Nederlandse recht, inclusief het IPR waardoor de Verdragsregeling 1978 toepasselijk wordt, zie art. 4 EGBGB. Ook het Verdrag verwijst in een dergelijk geval naar Nederlandse recht, ten gevolge waarvan de regeling in Boek 1 BW de relatie beheerst. Dit echtpaar heeft als huwelijksgoederenregime de wettelijke gemeenschap.

Verkrijgt de niet-Duitse echtgenoot vervolgens de Duitse nationaliteit, dan verandert huwelijksvermogensrechtelijk niets. Verhuist het echtpaar echter vervolgens naar Duitsland dan hebben wij te maken met een migratie naar het gemeenschappelijke vaderland, welke een automatische regimewijziging tot gevolg heeft.³⁶ In dit geval moet het beginsel dat het objectief toepasselijke huwelijksvermogensrecht onveranderlijk is, wijken voor de regels van het Verdrag 1978.³⁷

Volgens het wagonstelsel van het Verdrag gelden voor de vóór de verhuizing verkregen goederen de regels van de Nederlandse gemeenschap; voor de daarna verkregen goederen die van de Zugewinnngemeinschaft.³⁸ Aangezien echtgenoten ex § 1558 BGB pas een inschrijving in het Güterrechtsregister kunnen plegen als zij in Duitsland wonen³⁹ was inschrijving van het geldende Nederlandse regime voor de verhuizing onmogelijk. Daarna geldt voor de

36 In dit geval geldt voor de verkrijging van de gemeenschappelijke nationaliteit niet de strenge toets van art. 15 Verdrag ten aanzien van echtparen met bipatride gemeenschappelijke nationaliteit, bijvoorbeeld twee Nederlanders die tevens beiden de Duitse nationaliteit verkrijgen, zie art. 15 lid 2 Verdrag.

37 Zo ook als algemene regel Schurig, JZ 1985, p. 562; Wochner, IPRax 1985, p. 92; MünchKomm (Siehr), Randnr. 49 bij art. 4 EGBGB en Randnr. 112 bij art. 15 EGBGB. Over de gevolgen van de automatische veranderingen op grond van het verdrag laat de Duitse literatuur zich nog niet uit.

38 In het vervolg zal ik de verwijzing naar de zaaksvervangingsregels uit het oude regime achterwege laten. Deze kunnen ervoor zorgen dat ook na de wijziging enkele goederen onder het oude regime verkregen kunnen worden.

39 De bijzonderheden die een bedrijfsuitoefening in Duitsland met zich meebrengt zijn in hoofdstuk 18 behandeld. Ik laat deze hier verder onbesproken.

nieuwe goederen het Duitse wettelijk stelsel. Helaas heb ik nergens aanwijzingen kunnen vinden of inschrijving van een vorige 'wagon' in het Güterrechtsregister mogelijk wordt geacht. Het komt mij voor dat dit wel aan de vereisten voldoet, waaraan een inschrijfbaar feit moet voldoen, zie onderdeel 6.3. Is het feit inschrijfbaar dan is art. 16 lid 1 EGBGB op deze materie van toepassing en worden derden bij niet-inschrijving tegen de gevolgen van de Nederlandse wettelijke gemeenschap beschermd als zij een goed verkrijgen van een der echtgenoten waarop het Nederlandse huwelijksvermogensrecht van toepassing is.⁴⁰

Moet men aannemen dat deze inschrijving niet mogelijk is, dan kunnen de echtgenoten ondanks het feit dat derden niet via een publikatie kunnen worden gewaarschuwd, hun buitenlandse regime toch aan deze onkundige derden tegenwerpen, zie onderdeel 20.1.2.

Aangezien de inschrijfbaarheid in deze casus niet vaststaat, is ook de positie van derden onduidelijk. Mijn voorkeur gaat uit naar de eerste variant, daarmee inschrijfbaarheid aannemend, omdat mijns inziens aan de voorwaarden daarvoor is voldaan. Ook een eventuele art. 8 lid 2-rechtskeuze zou dan voor inschrijving in aanmerking komen, zodat derden daarna ook weer op de hoogte kunnen zijn van de actuele huwelijksvermogensrechtelijke verhouding tussen de echtgenoten.

WELKE GEVOLGEN HEEFT EEN ART. 8 LID 2-RECHTSKEUZE VOOR DERDEN?

Als echtgenoten die worden geconfronteerd met een automatische verandering van Nederlands naar Duits huwelijksgoederenrecht ten gevolge van migratie naar Duitsland, willen bewerkstelligen dat alle goederen onder het nieuwe regime zullen vallen, moeten zij een art. 8 lid 2 verdrag-rechtskeuze doen, die voldoet aan de vormvereisten van art. 11-13 Verdrag. Een rechtskeuze in een Duitse notariële akte zal ex art. 15 lid 3 j° 14 lid 4 EGBGB zeker voldoende zijn.

Daarmee wordt de gemeenschap ontbonden.⁴¹ De bepalingen van art. 3:189 in combinatie met afdeling 3.7.1 BW zijn vervolgens toepasselijk op de goederen van de 'oude' gemeenschap voordat deze zijn verdeeld. Na de verdeling geldt voor alle goederen de Zugewinnngemeinschaft. De afrekening van de Zugewinn moet mijns inziens op gelijke wijze plaatsvinden als bij de rechtskeuze ex art. 6 Verdrag, zie onderdeel 21.1.2, dat wil zeggen met inbegrip van de Zugewinn over de gehele huwelijkse periode, waarbij ten aanzien van de ten tijde van de huwelijksluiting reeds aanwezige goederen moet worden gehandeld alsof direct de Zugewinnngemeinschaft was ingetreden. Buiten beschouwing moet blijven dat eerst een wettelijke gemeenschap was

⁴⁰ Dit wordt uitgewerkt in onderdeel 20.2.

⁴¹ Zie reeds onderdeel 21.1.1 waar een uitbreiding van de ontbindingsgronden van art. 1:99 lid 1 BW in IPR-verhoudingen is bepleit. Mijns inziens is dit noodzakelijk om ook in dit geval ontbinding van de gemeenschap van goederen te bewerkstelligen.

ingetreden die weer was verdeeld.

Als de echtgenoten hun Nederlandse huwelijksgoederenregime in het Güterrechtsregister hadden ingeschreven, dan zullen zij ook de overgang naar het Duitse wettelijk stelsel daarin moeten vermelden om het aan derden te kunnen tegenwerpen, waarbij zij tevens de rechtskeuze op grond van het verdrag kunnen inschrijven. Het Duitse recht neemt dit systeem door de renvoi-bepaling over.

Hadden echtgenoten de inschrijving achterwege gelaten, dan hoeven zij niets omtrent de overgang in te schrijven, omdat derden bij eventuele raadpleging van het register geen inschrijving van een van het Duitse wettelijk stelsel afwijkend regime zouden vinden. Dit stemt inmiddels overeen met de feitelijke situatie na de verdeling.

Tijdens de gelding van het Nederlandse huwelijksvermogensregime werden derden te goeder trouw hiertegen beschermd op grond van art. 16 lid 1 EGBGB of een van de andere reeds genoemde Duitse beschermingsbepalingen, zie onderdeel 20.4.2. Na de overgang is deze bescherming niet meer nodig omdat de Zugewinnngemeinschaft het daadwerkelijk geldende stelsel is.⁴²

Het Grundbuch zal wel een mededeling bevatten omtrent het Nederlandse huwelijksvermogensregime van de echtgenoten die eigenaar zijn van het goed. Als een der echtgenoten het goed had verkregen vóór de huwelijkssluiting, dan lag het op de weg van de echtgenoot om een wijziging in het Grundbuch te bewerkstelligen ter aanpassing aan de nieuwe realiteit na het huwelijk waardoor het goed vanaf het moment van de boedelmenging mede-eigendom werd van de andere echtgenoot. Bij de overgang naar de Zugewinnngemeinschaft wordt het door de verklaring ex art. 8 lid 2 Verdrag weer exclusief eigendom van degene aan wie het wordt toegescheiden. Al deze wijzigingen horen in het Grundbuch thuis, § 22 GBO. Mits zij in het Grundbuch zijn ingeschreven, kunnen zij aan derden worden tegengeworpen, ongeacht of er nog een inschrijving in het Güterrechtsregister heeft plaatsgevonden, § 892 BGB.

De bestuursbevoegdheid van de echtgenoten richt zich naar de werkelijke rechtstoestand tussen de echtgenoten, behoudens eventuele bescherming van derden te goeder trouw op grond van § 892 BGB bij een foutieve inhoud van het Grundbuch.

22.3.2 Een in Duitsland wonend echtpaar verkrijgt de Duitse nationaliteit

Deze wijziging kan zich in ons kader bijvoorbeeld voordoen als een Frans-

⁴² Voor de verdeling van de ontbonden gemeenschap zullen derden te goeder trouw worden beschermd tegen de regel van gezamenlijk bestuur, art. 16 lid 1 EGBGB.

Nederlands of een Duits-Nederlands echtpaar ten tijde van de huwelijkssluiting in Nederland woonde. Volgens het Duitse IPR is op dit echtpaar Nederlands recht toepasselijk met 'Gesamtverweisung', dus inclusief het IPR. Volgens Nederlands IPR, het Verdrag 1978, is vervolgens Nederlands huwelijksgoederenrecht als woonlandrecht toepasselijk.⁴³ Verhuist dit echtpaar vervolgens naar Duitsland, dan treden voorlopig geen huwelijksvermogensrechtelijke veranderingen op. Pas als zij vervolgens beiden de Duitse nationaliteit verkrijgen, gaat vanaf dat moment het Duitse wettelijk stelsel gelden. Anders dan in de constellatie die in het vorige onderdeel is beschreven, had dit echtpaar in de aan de wijziging voorafgaande periode in Duitsland wel de mogelijkheid om de toepasselijkheid van zijn Nederlandse regime in te schrijven in het Güterrechtsregister, omdat het toen al in Duitsland woonde.

Als zij daar gebruik van hebben gemaakt, dan zullen zij de wijziging ook moeten inschrijven, om haar aan derden te kunnen tegenwerpen, art. 16 lid 1 EGBGB. De vraag is of het Duitse Güterrechtsregister niet dezelfde beperkingen kent als het Nederlandse register: inschrijving van een automatische verandering naar het Duitse wettelijk stelsel die naar Duits IPR niet kan voorkomen, zal waarschijnlijk de nodige problemen opleveren. Anderzijds zou zij toch mogelijk moeten zijn, omdat anders het register niet gecorrigeerd zou kunnen worden. Vanuit de Duitse optiek zal men dit overigens vooral als academisch probleem ervaren omdat, zoals reeds opgemerkt, slechts heel sporadisch een inschrijving in het Güterrechtsregister plaatsvindt. Door de werking van § 1412 BGB komt het in de praktijk erop neer dat echtgenoten die het eerder geldende buitenlandse stelsel niet hadden ingeschreven, zonder verdere inschrijvingen wel de dan geldende Zugewinnngemeinschaft aan derden kunnen tegenwerpen. Ten aanzien van derden die van de IPR-aspecten niet op de hoogte zijn, is dit niet spectaculair. Deze verkeerden immers, gesanctioneerd door art. 16 lid 1 EGBGB, in de veronderstelling dat de Zugewinnngemeinschaft op dit echtpaar van toepassing was. Ook ten aanzien van derden die langs andere weg op de hoogte waren van de gelding van het Nederlandse huwelijksvermogensrecht, kunnen echtgenoten zich na de wijziging op de Zugewinnngemeinschaft beroepen. De derdenbescherming van het Güterrechtsregister heeft immers alleen betrekking op de aan- of afwezigheid van een inschrijving, niet op de privé kennis van derden.⁴⁴

Bij in Duitsland gelegen onroerend goed dat echtgenoten voor de wijziging in eigendom hadden, verandert door de wijziging niets aan de eigendomsverhoudingen. Het goed blijft mede-eigendom van de echtgenoten naar Nederlands recht, inclusief de Nederlandse bestuursregels. Aangezien derden op de inschrijving in het Grundbuch mogen afgaan, is een eventuele inschrij-

43 Het Verdrag kent geen renvoi; art. 4 wijst als toepasselijk recht aan de *interne wet* van de staat van hun eerste gewone verblijfplaats na het huwelijk.

44 Vergelijk de opvattingen over de bescherming van derden te goeder trouw door het Güterrechtsregister, onderdeel 6.4.1.

ving van het buitenlandse regime dat geldt ten tijde van de verkrijging van de onroerende zaak in het Güterrechtsregister niet van belang. Bij verdeling van het goed zal de levering mede door inschrijving in het Grundbuch plaatsvinden, zodat daarmee de constellatie ook jegens derden weer correct is, § 873 lid 1 BGB.

Voor de gevolgen van een art. 8 lid 2-rechtskeuze van dit echtpaar verwijs ik naar het in het vorige onderdeel hierover opgemerkte.

22.3.3 Echtgenoten op wie bij gebreke van een gemeenschappelijk woonland hun nationale wet toepasselijk was, vestigen zich in Duitsland, art. 7 lid 2 sub 3 Verdrag

Deze automatische wijziging zou in ons kader een Nederlands echtpaar kunnen betreffen waarvan de man in Nederland en de vrouw in Duitsland woont. Volgens Duits IPR is hier het recht van hun gemeenschappelijke nationaliteit toepasselijk, derhalve Nederlands recht.

Door de werking van art. 4 EGBGB moet renvoi worden aangenomen en geldt art. 4 lid 2 sub 3 Verdrag, dat materieel ook Nederlands recht aanwijst. Voor dit echtpaar geldt derhalve de Nederlandse wettelijke gemeenschap.

Verhuist de man vervolgens naar Duitsland dan wreekt zich dat het uitgangspunt van het Verdrag (domiciliaire wet boven nationale wet, zie het systeem van art. 4 en 5 Verdrag) afwijkt van het nationaliteitsbeginsel dat aan het Duitse IPR-huwelijksvermogensrecht ten grondslag ligt. Voor de gevolgen hiervan verwijs ik naar de uitwijdingen in het vorige onderdeel. Dit geldt ook voor de inschrijvingsmogelijkheden in het Grundbuch, die reeds eerder in dit hoofdstuk aan de orde zijn geweest.

22.3.4 Een Nederlands echtpaar woont sinds 10 jaren in Duitsland

Ook in deze casus zal de Duitse rechtsorde met een automatische verandering worden geconfronteerd omdat via art. 14 j° 15 EGBGB het Nederlandse recht als recht van de gemeenschappelijke nationaliteit vanuit Duits standpunt het huwelijksgoederenregime van een Nederlands echtpaar beheerst dat 10 jaar in Duitsland woont. Door de ‘Gesamtverweisung’ geldt weer het Verdrag 1978 dat in een dergelijk geval eerst de nationale wet van de echtgenoten laat gelden. Zij wonen immers ten tijde van de huwelijkssluiting in een land dat uitgaat van het nationaliteitsbeginsel.⁴⁵ Wonen zij in de loop van hun huwelijk 10 jaar achtereen in een land waarvan het recht niet hun huwelijksgoederenregime beheerst, dan zal het woonlandrecht wel gaan gelden vanaf het tweede lustrum van hun verhuizing. Voor ons echtpaar geldt dan ex art. 14 j°

⁴⁵ Een vergelijkbare redenering zou ook opgaan voor andere echtparen voor wie het gemeenschappelijke nationale recht en niet het woonlandrecht het huwelijksgoederenrecht beheerst.

15 j^o 4 EGBGB j^o 7 lid 2 sub 2 Verdrag de Zugewinnngemeinschaft voor alle nadien aangeschafte goederen. De daarmee verbonden gevolgen voor de bestuursverdeling zijn vergelijkbaar met die in onderdeel 22.4.2. Het echtpaar woonde immers al 10 jaar in Duitsland voor de wijziging, waardoor buiten twijfel is dat zij hun buitenlandse huwelijksgoederenregime desgewenst hadden kunnen inschrijven vóórdat de automatische wijziging plaatsvond.

22.4 Rechtsvergelijkende opmerkingen en conclusie

De overgangen van het ene naar het andere stelsel volgens Duits en Nederlands recht brengen een aantal verschillen aan het licht. Een verschil heeft zijn oorzaak in het IPR-systeem van beide rechtssystemen: volgens het in het Nederlands IPR geldende Verdrag werkt de rechtskeuze per definitie terug, terwijl in het Duitse IPR in beginsel een soort gematigd wagonstelsel ontstaat. Dit Duitse systeem mag anderzijds qua rechtsgevolgen niet gelijkgesteld worden met de automatische veranderingen die kunnen optreden als gevolg van een automatische verandering van art. 7 Verdrag, omdat er in het Duitse recht geen strikte scheiding tussen het oude en het nieuwe stelsel wordt nagestreefd.

Het tweede verschil dat met name de rechtspositie van derden betreft, is een gevolg van het feit dat in Nederland de inschrijving in het huwelijks-goederenregister een meer centrale plaats in het recht inneemt en bovendien ook directe gevolgen voor registergoederen heeft. In de Duitse rechtspraktijk is de inschrijving in het Güterrechtsregister van huwelijksvoorwaarden en rechtskeuzes een grote zeldzaamheid waardoor men bij de uitwerking naar de praktische gevolgen van een overgang steeds rekening moet houden met het geval dat deze gegevens niet zijn ingeschreven.⁴⁶

Met het tweede verschil hangt direct het derde samen: de functie van het Grundbuch en de verhouding tussen het Grundbuch en het Güterrechtsregister in het Duitse recht brengt met zich mee dat bepaalde feiten die in het Güterrechtsregister zijn ingeschreven, in transacties die registergoederen betreffen, niet automatisch als bekend worden aangemerkt. In Nederland bestaat een veel directere koppeling tussen deze twee registers en brengt inschrijving in het huwelijksgoederenregister ook in het IPR automatisch bekendheid voor alle derden mee, dus ook voor mensen die een registergoed van de echtgenoten willen verkrijgen. Het nalaten van de huwelijksgoederen-rechtelijke inschrijving is in het Nederlandse recht bij de verkrijging van een registergoed dan ook direct van belang, terwijl in Duitsland deze link veel

⁴⁶ Als gevolg van deze realiteit gaat een aantal Duitse schrijvers ervan uit dat al hetgeen in het register staat niet bekend mag worden geacht, tenzij derden daadwerkelijk op de hoogte zijn van de desbetreffende feiten, maar bij deze opvatting heb ik mij niet aangesloten omdat zij niet de heersende leer is; zie hierover onderdeel 6.3.

zwakker is. Daardoor is de functie van art. 4/5 WCHv j° 1:116 j° 120 BW in het Nederlandse recht ook veel groter dan die van art. 16 lid 1 EGBGB j° § 1412 BGB in het Duitse IPR. Op deze wijze werkt een verschil in het interne recht direct door voor IPR-gevallen die zich in Duitsland afspelen. Hoewel ik mij realiseer dat ook in Nederland de inzagepraktijk in het huwelijksgoederenregister niet spoort met de belangrijke taak die dit register in de wettelijke regeling heeft, lijkt mij de Nederlandse oplossing beter dan de Duitse waar het er bij de meeste transacties op neerkomt dat op grond van een beschermingsbepaling de derde mag uitgaan van de rechtsverhouding tussen echtgenoten die overeenkomt met het Duitse wettelijk stelsel. Op zich is dit een plausibele oplossing van het probleem die vooral van pragmatisme getuigt en nauwelijks rekening houdt met de werking van buitenlands recht. Wat mij meer dwarszit is dat de praktijk op dit punt in het geheel niet lijkt te stroken met de uitgangspunten van de Duitse wetgever die vasthoudt aan het nationaliteitsbeginsel ten koste van het woonplaatsbeginsel. Als een wetgever een zo groot belang hecht aan het feit dat bij IPR-verhoudingen een derde niets moet merken van het feit dat echtgenoten naar buitenlands huwelijksgoederenrecht zijn gehuwd, moet men kiezen voor aanknoping aan de woonplaatswet zoals zoveel andere Staten ook doen.⁴⁷

In beginsel lijkt mij een systeem dat buitenlands huwelijksvermogensrecht accepteert en door eenvoudige en goedkope raadplegingsmethoden ook makkelijk toegankelijk maakt voor derden, te prefereren boven de oplossing die in Duitsland door de praktijk wordt gehanteerd.⁴⁸ Het door mij bepleite stelsel komt (nog) niet geheel overeen met de Nederlandse praktijk omdat daar de inschrijving van de feiten wel goed geregeld is (afgezien van de huwelijken die voor de inwerkingtreding van het verdrag zijn gesloten), maar de inzage-kant van het plaatje nog duidelijk te wensen overlaat. Ik verwijs hier naar de voorstellen die ik reeds voor het interne recht in hoofdstuk 8 heb gedaan voor een eenvoudiger toegang tot de gegevens in het huwelijksgoederenregister voor iedereen die een belang heeft om daarvan kennis te nemen.

47 Men raadplege alleen al de lijsten in de voorlichtingsfolder van het Ministerie van Justitie over het Haagse huwelijksvermogensverdrag.

48 Gamillscheg had daar in 1969 al voor gewaarschuwd, *RabelsZ* 33 (1969), p. 708.

Deel B

Persoonlijke huwelijksbetrekkingen in het internationaal privaatrecht

De regeling van de aansprakelijkheid van de niet-handelende echtgenoot voor huishoudelijke schulden in het Nederlandse IPR: art. 2 WCHb

Naar Nederlands IPR vielen vroeger de persoonlijke huwelijksgevolgen, zoals omschreven in de hoofdstukken 10 e.v., onder de werking van het in onderdeel 17.2 besproken Haagse huwelijksgevolgenverdrag 1905, dat in art. 1 daarvoor het nationale recht van de echtgenoten aanwees. Indien de echtgenoten tijdens het huwelijk een nieuwe gemeenschappelijke wet kregen, was dat recht vanaf die datum toepasselijk, art. 9 lid 1 Verdrag 1905. Voor een aantal gevallen gaf het verdrag geen regeling. Dat was het geval indien de gemeenschappelijke nationale wet niet die van een verdragsluitende staat was, art. 10 Verdrag, of als echtgenoten geen gemeenschappelijke wet meer hadden, dan wel nimmer bezeten hadden, art. 9 Verdrag.

Na de opzegging van het verdrag per 23 augustus 1977 liet men deze onderwerpen in beginsel ook weer onder de nationale wet der echtgenoten vallen, toen op grond van art. 6 Wet AB.¹ Deze regel was ook te vinden art. 3 van het nooit ingevoerde ontwerp voor een Eenvormige Benelux-wet (1969).

Bij de aanvaarding van het Haagse huwelijksvermogensverdrag 1978 heeft Nederland een verklaring afgelegd dat de art. 1:85 lid 2, 86, 88 en 89 BW niet onder het huwelijksvermogensrecht in de zin van het verdrag vallen.² Met de komst van de Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen (in het vervolg af te korten tot WCHb)³ is dit nader uitgewerkt, omdat na het afleggen van de verklaring nog niet duidelijk was, hoe deze artikelen in IPR-verband moesten worden aangeknoopt. De WCHb geeft voor de algemene huwelijksgevolgen als hoofdregel de aanknoping aan de gemeenschappelijke nationaliteit, bij gebreke daaraan aan de gemeenschappelijke woonplaats, en

1 Hensen, WPNR 6040 (1992), p. 192; Kusters, p. 429, zonder verwijzing naar het Verdrag 1905, hetgeen voor Nederlandse echtgenoten te begrijpen is op grond van zijn beperkte uitleg van het toepassingsgebied van het Verdrag, zie onderdeel 17.2. De conclusie van Strikwerda voor het Jyske Bank-arrest, HR 13 januari 1989, NJ 1990 268 mnt. JCS, bevat een overzicht van de ontwikkeling van de opvattingen hierover met vele verwijzingen.

2 Art. 4 van de Goedkeuringswet van het op 14 maart 1978 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime, Rijkswet van 20 november 1991, Stb. 627.

3 Wet van 16 september 1993, houdende regeling van het conflictenrecht inzake de persoonlijke rechtsbetrekkingen tussen de echtgenoten en de tussen hen bestaande vermogensrechtelijke betrekkingen die niet vallen onder het huwelijksvermogensregime, Stb. 1993 514, in werking getreden op 1 januari 1994.

bij gebreke ook daaraan aan het nauwst verbonden recht, aldus art. 1 WCHb. Daarbij vindt geen effectiviteits- of realiteitstoets plaats. Bij wijziging van het aanknopingspunt, d.w.z. ingeval van naturalisatie of verhuizing, wordt vanaf dat moment naar de nieuwe wet gekeken.⁴ Hensen⁵ laat zich daar kritisch over uit omdat bij het primaat van de ongewogen nationaliteitsaanknopning buitenlandse vrouwen ook na lang verblijf in Nederland blijven vallen onder de deels vrouwonvriendelijke bepalingen inzake algemene huwelijksgevolgen uit hun herkomstrecht. Hij pleit daarom voor het primaat van de woonplaatsaanknopning. De correctie van de openbare orde is zijns inziens geen goed middel om de nadelen van de nationaliteitsaanknopning weg te nemen. De wetgever is echter van mening dat in casu het argument van de stabiliteit en continuïteit voorrang verdient, meer dan bij andere onderwerpen van het familierecht, zoals het echtscheidings- of het huwelijksvermogensrecht.⁶

De WCHb geeft aparte aanknopingscriteria voor een aantal onderwerpen dat voor internrechtelijke gevallen geregeld is in titel 1.6 BW.⁷ Alleen de onderhoudsrechtelijke aspecten zijn conflictenrechtelijk onderworpen aan het Haags alimentatieverdrag 1973.⁸ Een goede oplossing is de overgangsrechtelijke regeling ten aanzien van de bepalingen van de WCHb: anders dan eerst de bedoeling was gelden zij voor alle rechtshandelingen die na de inwerkingtreding van de wet op 1 januari 1994 zijn verricht, en zijn zij niet beperkt tot huwelijken die na de inwerkingtreding zijn gesloten.⁹ Anders zou een derde, die handelt met een echtgenoot met buitenlandse aspecten zich de komende decennia steeds moeten afvragen of zijn wederpartij al dan niet is gehuwd onder de WCHb. Dit gepuzzel is ons gelukkig bespaard gebleven.

23.1 Karakter van de regeling van art. 2 WCHb

Verskillende wegen leiden naar Rome, en dat geldt ook voor de aanknopning van de bescherming ex art. 1:85 BW. Gezien de omvang van mijn onderzoek lijkt het niet opportuun om alle alternatieven uitgebreid de revue te laten passeren. Ik noem slechts enkele alternatieven voor de oplossing die in art. 2 WCHb is gekozen. Daarna zal ik ingaan op de variant die de Nederlandse

4 Aldus de MvA II bij de WCHb, p. 7, Kamerstukken 21 328 nr. 5. Kokkini-Iatridou noemt dit in haar bespreking van de wet in het AAe-katern 'interessant', en zij wijst erop dat dit niet de regel is in de Wet conflictenrecht echtscheiding; zie Katern 34 (1990), p. 1474.

5 WPNR 6040 (1992).

6 Nota naar aanleiding van het eindverslag II, p. 3.

7 M.V. Polak, WPNR 5890 (1988), p. 578, wees al op de juistheid van deze aanpak, onder meer op grond van rechtsvergelijkende motieven. Zie ook daar voor verdere verwijzingen in de buitenlandse literatuur die zich in deze zin uitspreekt.

8 MvT II bij de WCHb, p. 4.

9 Zie hierover MvA II bij de WCHb, p. 9. Dit is anders voor de huwelijksvermogensrechtelijke regels van het Verdrag en de meeste bepalingen uit de WCHv die in beginsel gelden voor nadien gesloten huwelijken.

wetgever heeft gekozen.

Men kan in de eerste plaats denken aan aanknoping aan de *lex causae* van de overeenkomst zelf, zoals Hensen voor ogen stond.¹⁰ Een nadeel is dat partijen door een rechtskeuze in het overeenkomstenrecht ook een rechtskeuze kunnen bewerkstelligen voor een kwestie die men traditioneel tot de huwelijksgevolgen rekende. Dit is duidelijk tegen de wens van de wetgever.¹¹

Een andere mogelijkheid is een voorrangregel-variant. Afhankelijk van de scope-rule die men formuleert zou in ieder geval gewaarborgd kunnen worden dat alle in Nederland gevestigde wederpartijen beschermd zullen worden door art. 1:85. De bescherming kan in dat geval worden toegekend ongeacht het toepasselijk recht op de overeenkomst. De toepasselijkheid kan aan verdere eisen zijn gebonden, zoals bijvoorbeeld de woonplaats van de handelende echtgenoot.¹²

Hoe is de oplossing die de wetgever in art. 2 WCHb heeft gekozen? Volgens de regeling van art. 2 WCHb is het recht van het land waar de handelende echtgenoot en zijn wederpartij hun gewone verblijfplaats hebben, toepasselijk op de vraag of de niet-handelende echtgenoot aansprakelijk is voor de verbintenissen die zijn aangegaan ten behoeve van de gewone gang van de huishouding.¹³ Blijkbaar gaat de wetgever er vanuit dat de bescherming van de leverancier van huishoudelijke goederen in het gros van de gevallen noodzakelijk is bij rechtsverhoudingen die niet grensoverschrijdend zijn in die zin dat de handelende echtgenoot en de wederpartij in hetzelfde land wonen. Dat zal inderdaad de meeste gevallen wel bestrijken, omdat slechts een minderheid van consumenten haar levensmiddelen en andere goederen die bestemd zijn voor de gewone gang van de huishouding uit het buitenland betreft. Indien dat wel gebeurt, men denke aan de mensen die in Duitsland de kerstmarkten bezoeken, zal meestal direct worden betaald.¹⁴ Anders krijgen de kopers de goederen helemaal niet mee. Wat rechtens is als de wederpartij in een ander land woont dan de handelende echtgenoot komt hieronder nog aan de orde.

De relatie met de melkboer waar de dagelijkse bestellingen eens per maand worden afgerekend, het 'opschrijven' bij de groenteman, het op rekening

10 WPNR 6040 (1992), p. 192.

11 MvA II, p. 5.

12 Deze keuze wordt verdedigd door M.V. Polak, WPNR 5890 (1988), p. 580.

13 Als de beide echtgenoten en de wederpartij in Nederland wonen, dan kan de wederpartij onder omstandigheden ook een beroep doen op art. 5 j° 4 WCHv, maar art. 1:85 BW levert in alle gevallen een betere bescherming, omdat men bij toepasbaarheid van deze bepaling steeds verhaal kan nemen op alle goederen van beide echtgenoten, die immers hoofdelijk schuldenaar zijn. Dit rechtsgevolg is niet gekoppeld aan een bepaald regime.

14 Hensen, WPNR 6040 (1992), p. 192-193, wijst erop dat internationale koopovereenkomsten met betrekking tot huishoudelijke goederen vaak voorkomen, maar hij laat zich er niet over uit of in evenzoveel gevallen behoefte bestaat aan een bescherming van de winkelier. De Minister wijst erop dat zich zelden de noodzaak voordoet voor een winkelier om verhaal te zoeken bij de andere echtgenoot die aan de andere kant van de grens woont, zie MvA II bij WCHb, p. 2.

laten behandelen door de tandarts en op rekening kopen van medicijnen bij de apotheek: dit zijn allemaal voorbeelden van rechtsverhoudingen die zich binnen een land afspelen. De beperking van de WCHb in art. 2 lijkt mij derhalve niet problematisch.

Geeft het bovenstaande een duidelijk antwoord op de vraag welk soort regeling de wetgever heeft gekozen om de aanknoping van de dubbele aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden te regelen? Dit is mijns inziens niet het geval. Uit de Memorie van Toelichting¹⁵ daarentegen is af te leiden dat de wetgever niet gebruik heeft willen maken van een voorrangsregel-constructie. De bedoeling was om een apart conflictregeltje te geven voor dit deelonderwerp met de bescherming van het interne Nederlandse handelsverkeer als voornaamste ratio.¹⁶

Volgens de toelichting¹⁷ is het gevolg van de gekozen opzet dat bij een in het buitenland wonende echtgenoot die handelt met een in hetzelfde land wonende wederpartij de in Nederland wonende echtgenoot toch aansprakelijk kan zijn, indien het buitenlandse recht dat meebrengt.

TOEPASSELIJKHEID VAN ART. 1:85 BW INDIEN DE HANDELENDE ECHTGENOOT EN DE DERDE IN EEN ANDER LAND WONEN DAN DE ANDERE ECHTGENOOT

De andere echtgenoot wordt ex art. 1:85 BW automatisch gebonden als de handelende echtgenoot en de wederpartij beiden hun gewone verblijfplaats hebben in Nederland; de woonplaats van de andere echtgenoot wordt in art. 2 WCHb niet genoemd. De werking van deze regeling is derhalve niet beperkt tot samenwonende echtgenoten, zie hoofdstuk 10 slot. Dat kan dus betekenen, dat een in het buitenland wonende echtgenoot hoofdelijk schuldenaar zou kunnen worden ten aanzien van een verbintenis die de andere echtgenoot in Nederland is aangegaan.¹⁸ Polak⁹ ziet hierin geen probleem, omdat de andere echtgenoot mede zou profiteren van deze in de gewone gang der huishouding aangegane verbintenissen. Dat lijkt mij nu juist bij gescheiden wonende echtgenoten niet altijd het geval. Het feit dat de andere echtgenoot profijt zou kunnen hebben bij de aankoop of de verkrege dienst betekent nog niet dat men daaruit mag afleiden dat de aansprakelijk gestelde echtgenoot ook werkelijk *profiteert*. Zoals reeds opgemerkt in hoofdstuk 10 moet mijns inziens de werkingssomvang van art. 1:85 BW in dit soort gevallen beperkt worden opgevat, maar geheel uitgesloten is de toepassing bij gescheiden wonende echtgenoten niet.

15 MvT II, p. 10.

16 Zie Joppe, losbl. titel 1.6, aant. 12.

17 MvT II, p. 10.

18 In die zin ook het rapport van de Staatscommissie, p. 122 onder punt 3.4.4. Ook de wetgever heeft oog gehad voor dit geval en betreft deze bepaling mede op dit soort huwelijken. Zie MvA II bij de WCHb, p. 8.

19 M.V. Polak, WPNR 5890 (1988). Dit artikel is geschreven vóór de invoering van de WCHb.

ART. 2 WCHB ZOU EEN BEPERKTER TOEPASSINGSGEBIED MOETEN KRIJGEN

Mijns inziens is op de regeling van de dubbele aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden een en ander af te dingen. Naar mijn mening zou de dubbele aansprakelijkheid bij echtgenoten die niet in hetzelfde land wonen, moeten worden beperkt of zelfs uitgesloten. Ik zou mij kunnen voorstellen dat men voor een 'dubbel plafond' kiest: de aansprakelijkheid van de andere echtgenoot mag niet hoger zijn dan de regeling in diens woonland aangeeft, terwijl ook geen grotere aansprakelijkheid kan worden aangenomen dan het woonland van de wederpartij kent. Dat betekent dat indien de aansprakelijkheid in het land van de derde uitgebreider is, de andere echtgenoot niet tot meer kan worden verplicht dan in zijn woonland mogelijk is. Omgekeerd kan een derde er niet van profiteren dat de aansprakelijkheid in het land waar, min of meer toevallig voor de derde, de echtgenoot van zijn wederpartij woont, ruimer is dan in zijn eigen land.

TOEPASSELIJKHEID VAN ART. 1:85 BW OOK BIJ VERBINTENISSEN AANGEGAAN DOOR EEN ECHTGENOOT DIE IN EEN ANDER LAND WOONT DAN DE WEDERPARTIJ?

Buiten de wettekst vallen de verbintenissen die men aangaat ten behoeve van de gewone gang der huishouding als de handelende echtgenoot en de wederpartij in verschillende landen wonen: de verplichting tot betaling van het lesgeld voor de kinderen die toevallig aan de andere kant van de grens naar school gaan of daar een hobby beoefenen; de tandartsbezoeken op rekening in de grensstreek, het bestellen van kaarten voor de schouwburg wanneer de voorstelling in een nabijgelegen schouwburg in het buurland wordt gespeeld. In deze gevallen geeft niet de wet zelf maar de Memorie van Antwoord²⁰ het antwoord: de *lex causae* van de overeenkomst beheerst dan ook de vraag naar de dubbele aansprakelijkstelling van de andere echtgenoot. Het Nederlandse recht kan bijvoorbeeld de *lex causae* zijn van de overeenkomst, indien de winkelier, de arts of de muziekschool in Nederland zijn gevestigd en geen rechtskeuze is gemaakt, art. 4 lid 2 EVO en art. 5 EVO geen ander recht aanwijst. Ook wanneer een in Nederland wonende echtgenote een huishoudelijke hulp uit het buurland Duitsland heeft ingeschakeld, geldt ex art. 6 lid 2 EVO het Nederlandse recht, zodat de huishoudelijk hulp de heer des huizes voor haar salaris kan aanspreken.

Afgezien van het feit dat deze aanvulling op art. 2 WCHb ook in de wettekst genoemd had mogen worden, opdat men niet in de verleiding zou komen om in dat geval terug te vallen op de regel van art. 1 WCHb, lijkt mij deze opvatting in de meeste gevallen goed te werken. In de gevallen waar de *lex causae* het recht is van het land waar de andere echtgenoot is gevestigd, biedt zij een redelijke oplossing.

²⁰ MvA II, p. 3.

In gevallen waar een ander (vanuit Nederlandse visie: buitenlands) recht toepasselijk is, bijvoorbeeld via rechtskeuze of via objectieve aanknoping aan de *lex causae* ex art. 4 EVO omdat de wederpartij en de handelende echtgenoot in het buitenland wonen, heb ik zoals gezegd mijn bedenkingen. In dat geval wordt overigens ook niet recht gedaan aan de hoofdgedachte van de wetgever dat art. 1:85 BW alleen van toepassing moet zijn als er voldoende aanknoping met Nederland is. Het gaat erom om wederpartijen in situaties te beschermen die in dit geval als bijna-interne Nederlandse situaties kunnen worden gezien. De ratio ligt derhalve in de bescherming van het Nederlandse handelsverkeer.²¹

23.2 Tijdsproblemen bij de toepassing van art. 2 WCHb

In onderdeel 10.5 is reeds voor het Nederlandse interne recht besproken wat de eventuele gevolgen zijn van de rechterlijke beslissing dat de dubbele aansprakelijkheid wordt opgeheven voor de voortgezette aansprakelijkheid van de niet-handelende echtgenoot ten aanzien van duurovereenkomsten en schulden die niet zijn voldaan op het moment dat de rechter zijn beschikking geeft.

In IPR-gevallen zal zich de overgang naar een ander stelsel nog zeldzamer voordoen omdat de meeste duurcontracten bij een verhuizing van de echtgenoten zullen worden opgezegd. Denk bijvoorbeeld aan het contract dat de ene echtgenoot heeft gesloten met een hulp in de huishouding. Bij een verhuizing naar het buitenland zal dit contract in de meeste gevallen worden opgezegd. Een ander voorbeeld zou kunnen zijn een contract waarbij langdurige betalingsverplichtingen bestaan zoals bij een koop op afbetaling of huurkoop-overeenkomst.

Laten wij eerst kijken naar de hulp in de huishouding die door een der echtgenoten in dienst is genomen en haar werkzaamheden uitvoert in Nederland. Verhuist het gezin in de grensstreek dan zou het kunnen zijn dat de werkster in dienst blijft van het gezin. In dat geval, nemen wij aan dat het gezin van Nederland naar Duitsland verhuist en de Nederlandse werkster ook het huis in Duitsland op orde houdt, treedt dan naar Nederlands IPR een wijziging op ten aanzien van het toepasselijke recht inzake de aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden? Uit de tekst van art. 2 WCHb is af te leiden dat de peildatum steeds het sluiten van het contract is. Dat betekent dat latere potentiële wijzigingsmomenten, die gevolgen hebben voor de *lex causae*, geen rol zullen spelen voor het toepasselijke recht op grond van art. 2 WCHb. Dit is in zoverre relevant omdat vanaf dat moment een ander recht de arbeidsovereenkomst beheerst dan het toepasselijke recht op de dubbele aansprakelijkheid voor de verbintenissen die uit de arbeidsovereenkomst voort-

21 MvA II, p. 3.

vloeien. Op grond van art. 6 lid 2 sub a EVO is immers toepasselijk het recht van de plaats waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht. Verandert de arbeidsplaats dan zal vanaf dat moment ook het recht van de nieuwe arbeidsplaats op de arbeidsovereenkomst toepasselijk zijn.²² In deze casus is het derhalve relevant dat art. 2 WCHb aanknoopt met als peilmoment de totstandkoming van de rechtshandeling.

Bij de casus met betrekking tot de koop op afbetaling lijkt het mij zeer onwaarschijnlijk dat zich in de praktijk een geval voordoet dat daadwerkelijk tot tussentijdse wijziging van de aanknoping zou leiden, indien men uitgaat van een wijziging ex nunc.

Concluderend is vast te stellen dat de peildatum voor de bepaling van het toepasselijke recht op grond van art. 2 WCHb het moment is van het aangaan van de overeenkomst, maar dat dit slechts in een zeer klein aantal gevallen zal leiden tot het ontstaan van een discrepantie tussen de *lex causae* en het toepasselijke recht op de aansprakelijkstelling van de niet-handelende echtgenoot.

23.3 Geen erkenning van buitenlandse rechtskeuzes in het kader van dubbele aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden

In de WCHb is voor alle daarin opgenomen kwesties gekozen voor een objectieve aanknopingsregel zonder de mogelijkheid van een rechtskeuze. Als een echtpaar in overeenstemming met het Duitse IPR een rechtskeuze voor hun huwelijksgevolgenrecht heeft uitgebracht²³ dan heeft dit vanuit de Nederlandse visie geen gevolgen voor het toepasselijke recht op de aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden. Dit moet men nog steeds volgens het Nederlandse IPR vaststellen aan de hand van art. 2 WCHb. Men laat daarbij, mijns inziens terecht, de rechtskeuze buiten spel. Ten eerste is door de opbouw van de WCHb de onderhavige materie afgesplitst van de rest van de huwelijksgevolgen. Ten tweede was de Nederlandse wetgever van mening dat juist het huwelijksgevolgenrecht een zo hoog dwingendrechtelijk gehalte heeft, dat rechtskeuze hier niet kan worden toegestaan. Dit blijkt uit de algemene conflictregel voor het huwelijksgevolgenrecht van art. 1 WCHb,²⁴ maar ook uit de art. 2 en 3 zelf. Het logische vervolg op deze gedachte is dat wij dan ook niet buitenlandse rechtskeuzes op dit terrein moeten erkennen omdat anders weer van de als wenselijk beschouwde aanknoping wordt afgeweken.

22 Reeds voor invoering van het EVO werd dit verdedigd door M.V. Polak, diss. p. 130-132. Strikwerda, De IPR-overeenkomst, nr. 242, grijpt daarop terug. Enigszins terughoudend op dit punt: Rameloo, diss. p. 400-401 met verdere verwijzingen.

23 Zie voor de mogelijkheden van een huwelijksgevolgen-rechtskeuze ex art. 14 EGBGB onderdeel 18.3.2.

24 Zie hierover MvT bij de WCHb, p. 8.

Ten derde vat het Nederlandse IPR de aanknoping aan het Duitse recht op grond van art. 2 WCHb op als een verwijzing naar het Duitse materiële recht, zonder dat renvoi wordt aanvaard.²⁵

Deze gang van zaken lijkt in het algemeen uit het oogpunt van internationale beslissingsharmonie niet wenselijk, maar een andere opstelling lijkt mij niet mogelijk binnen de huidige wettelijke regeling. De Nederlandse wetgever heeft met opzet de rechtskeuze voor dit rechtsgebied uitgesloten. Het ligt voor de hand om aan te nemen dat dit resultaat dan ook niet bereikt moet worden via renvoi, waardoor een buitenlandse rechtskeuze via een omweg betekenis zou krijgen.²⁶

Deze opvatting heeft wel als voordeel dat daardoor verschillen in kwalificatie tussen het Nederlandse en een buitenlands IPR de rechtstoepassing niet kunnen storen.

23.4 Conclusie

Het zou beter zijn geweest als art. 2 WCHb als een eenzijdige conflictregel ten behoeve van art. 1:85 BW was geformuleerd. Art. 1:85 zou dan alleen van toepassing zijn geweest indien het een in Nederland gevestigde wederpartij betreft.

Het voordeel van deze aanpak is dat men zich niet bemoeit met de toepassingsomvang van vergelijkbare regelingen in andere staten. Doordat het Nederlandse IPR in het algemeen geen renvoi kent, kan een buitenlandse rechtskeuze voor het huwelijksgevolgenrecht geen invloed hebben op de aanknoping van de dubbele aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden.

Daarnaast zou mijns inziens de regeling moeten worden beperkt tot echtgenoten die een gemeenschappelijke huishouding voeren, dan wel gescheiden van elkaar wonen met instemming van beide partijen. Daarmee voorkomt men dat een in het buitenland wonende echtgenoot potentieel als hoofdelijk medeschuldenaar wordt aangesproken voor verbintenissen die de in Nederland wonende echtgenoot is aangegaan, zonder dat de in het buitenland wonende echtgenoot daar enig voordeel van heeft. Deze regel kan gemakkelijk tot chicanes leiden die echter eenvoudig voorkomen kunnen worden door de regeling in de door mij voorgestelde zin aan te passen.

Voor het Nederlandse interne recht zou dit betekenen dat ook de werking van art. 1:85 BW beperkt zou moeten worden tot samenwonende echtgenoten, omdat anders een discrepantie tussen de IPR-werking en de internrechtelijke werking zou optreden die mijns inziens niet wenselijk is. Het kan niet zo

²⁵ Zie Strikwerda, Inleiding, nr. 74.

²⁶ Zie hierover Hensen, JBN 1993, nr. 112, die tot een gelijke conclusie komt ten aanzien van art. 3 WCHb dat handelt over de toepasselijkheid van de Nederlandse toestemmingsvereisten van art. 1:88 BW.

zijn dat in intern-Nederlandse gevallen een leverancier zijn vordering wel kan verhalen op de echtgenoot die niet met de handelende echtgenoot samenwoont, maar dat dit niet het geval zou zijn als de woonplaats van de andere echtgenoot niet in Nederland ligt. Dit verschil lijkt mij niet aanvaardbaar.

Duits IPR: De persoonlijke huwelijksgevolgen (allgemeine Ehewirkungen): de regeling inzake de aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden in art. 14 EGBGB j° § 1357 BGB

In onderdeel 24.1 wordt in het algemeen uiteengezet welk recht volgens het Duitse IPR de persoonlijke huwelijksgevolgen beheerst. Anders dan in het Nederlandse recht geeft het Duitse IPR voor alle huwelijksgevolgen dezelfde conflictregel. In onderdeel 24.2 wordt de toepassing besproken voor één der persoonlijke huwelijksgevolgen, de bevoegdheid om de andere echtgenoot mede te binden, § 1357 BGB. Vroeger, toen de verhouding tussen de echtgenoten geheel anders was geregeld onder invloed van het de voorrangspositie van de man binnen het huwelijk, werd een regeling “Schlüsselgewalt” genoemd, die de vrouw enige handelingsvrijheid gaf. Hoewel sindsdien de regeling in belangrijke mate van karakter is veranderd, wordt de huidige regeling nog steeds uit praktisch oogpunt met de oude term aangeduid. Op grond van deze gewoonte zal ik deze term nog eens hanteren.

In hoofdstuk 26 zal een ander soort huwelijksgevolgen, die der toestemmingsvereisten, in het Duitse IPR behandeld worden.

In dit hoofdstuk zal in onderdeel 24.1 nog aanvullend het een en ander worden uitgewerkt dat betrekking heeft op de veranderlijkheid van het toepasselijke huwelijksgevolgenrecht. In hoofdstuk 18 kwam reeds art. 14 EGBGB aan de orde, maar alleen voor zover dit betrekking had op het toepasselijke recht bij de huwelijksluiting. Latere wijzigingen van het huwelijksgevolgenrecht bleven daar buiten beschouwing.

24.1 Het toepasselijke recht op de persoonlijke huwelijksgevolgen in het algemeen, art. 14 EGBGB

Zoals reeds in hoofdstuk 18 werd uiteengezet, wordt naar Duits IPR in beginsel de conflictregel voor persoonlijke huwelijksgevolgen als hoofdregel voor het gezinsrecht gebezigd. Door het aldus vastgestelde recht worden vervolgens allerlei andere familierechtelijke onderwerpen beheerst, tenzij daarvoor bijzondere aanknopingsregels worden gegeven. Dat is bijvoorbeeld het geval bij onderwerpen waarvoor verdragen gelden,¹ maar ook daar waar het

¹ Zie bijv. art. 18 EGBGB voor de toepassing van de regels van het Haagse alimentatieverdrag 1973.

EGBGB bijzondere regels geeft. Wat in het Duitse IPR precies onder huwelijksgevolgen moet worden verstaan is niet duidelijk door de wetgever afgebakend. In de literatuur vindt men wel de opvatting verdedigd dat daaronder alle gevolgen van het huwelijk zijn te begrijpen waarvoor niet een bijzondere aanknopingsregel wordt gegeven.²

SPEELT HET HUWELIJKSGEVOLGENVERDRAG 1905 NOG EEN ROL?

Anders dan in het huwelijksvermogensrecht, waarvoor art. 2 lid 1 Verdrag 1905 onverbindend werd verklaard wegens strijd met het Grundgesetz (zie onderdeel 18.1.1), is art. 1 lid 1 Verdrag 1905, dat de huwelijksgevolgen regelt, niet door dit arrest geraakt.³ Zoals Lichtenberger en Von Bar/Mankowski⁴ terecht opmerken is door de nietigheid van één bepaling niet het hele verdrag buiten werking gesteld. Het Verdrag is, hoewel het qua naam ook de persoonlijke huwelijksgevolgen tot zijn materiële werkingsomvang rekent, voor de in dit kader besproken onderdelen van het recht echter om een andere reden niet meer van toepassing, te weten dat Duitsland het verdrag per 23 augustus 1987 heeft opgezegd. Men neemt aan dat het huwelijksgevolgenrecht van echtgenoten die onder het verdrag zijn gehuwd, na de opzegging wordt beheerst door het commune huwelijksgevolgenrecht van art. 14 EGBGB. De overgangsrechtelijke aspecten laat ik verder achterwege omdat de werking van het Verdrag 1905 alleen relevant is voor rechtshandelingen die zijn verricht voor de opheffingsdatum, ruim 10 jaar geleden.⁵ Ook al neemt men aan dat de echtgenoten door de werking van het verdrag gehinderd zouden worden bij het uitbrengen van een rechtskeuze inzake hun huwelijksgevolgen, zie art. 1 Verdrag 1905, dan is dit verbod opgeheven met de opzegging van het verdrag en tegenwoordig niet meer relevant.⁶

24.1.1 Rechtskeuze in het huwelijksgevolgenrecht

Anders dan het Nederlandse recht kent het Duitse IPR rechtskeuzemogelijkheden binnen het huwelijksgevolgenrecht. Zij zijn reeds ter sprake gekomen bij de behandeling van het huwelijksvermogensrecht, omdat de rechtskeuze die bij het begin van het huwelijk voor het huwelijksgevolgenrecht is gedaan,

2 MünchKomm (Siehr), Randnr. 5 bij art. 14 EGBGB. Art. 15 EGBGB geeft een regel voor het huwelijksgoederenrecht, art. 18 EGBGB voor de alimentatie, art. 7 EGBGB voor de handelingsbekwaamheid tengevolge van een huwelijksluiting en art. 10 EGBGB voor de naam. Deels knopen de voorschriften aan bij het door art. 14 lid 1 EGBGB aangewezen recht, maar dan gefixeerd op een bepaald tijdstip, zoals art. 19 EGBGB voor de wettelijke afstamming aanknoopt aan het algemene huwelijksgevolgenrecht voor de moeder ten tijde van de geboorte van het kind.

3 BGH 17 september 1986, NJW 1987, p. 583, eveneens gepubliceerd in o.a. IPRax 1987, p. 115, en DNotZ 1987, p. 292-302, met bespreking door Lichtenberger.

4 Lichtenberger, DNotZ 1986, p. 669; Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 14 EGBGB Rn 6a.

5 Schotten, Notariële Praxis, Randnr. 108.

6 Zie bijv. Jayme, IPRax 1986, p. 361-362; Klinke, IPRax 1983, p. 134.

o.a. doorwerkt in het huwelijksvermogensrecht. Schotten⁷ wijst erop dat in de notariële praktijk de rechtskeuzemogelijkheden met name worden gebruikt om indirect het toepasselijke recht op de echtscheiding en verschillende echtscheidingsgevolgen vast te stellen. Ook echtgenoten die ten tijde van de huwelijksluiting nog niet samenwonen en echtgenoten met verschillende nationaliteiten die verhuisplannen naar het buitenland koesteren, maken er gebruik van. Deze laatste groep wil met de rechtskeuze bereiken dat door de verhuizing niet het nieuwe woonlandrecht hun huwelijksgevolgen gaat beheersen.⁸

In het navolgende zal slechts kort op enkele aspecten van de rechtskeuze worden ingegaan. Bepaalde onderwerpen, zoals het tijdstip van de keuze⁹ of de vormvereisten¹⁰ zijn in onderdeel 18.3.2 al aan de orde geweest in het kader van het huwelijksvermogensrecht, en zullen hier niet opnieuw worden besproken.

Alvorens in te gaan op de modaliteiten van de rechtskeuze valt op te merken dat de Duitse literatuur zich bewust is van de uitzonderingspositie die deze regel inneemt ten opzichte van andere IPR-stelsels.¹¹ Men kan zich afvragen of de mogelijkheid van de rechtskeuze op dit terrein voordelen heeft. Na de behandeling van de mogelijkheden die rechtskeuze biedt, zal ik daar nader op ingaan.

VERSCHILLENDE RECHTSKEUZEMOGELIJKHEDEN

Het commune Duitse recht inzake de huwelijksgevolgen biedt de echtgenoten een beperkte rechtskeuzebevoegdheid. In onderdeel 18.3.2 is al aangegeven dat de echtgenoten op grond van art. 14 EGBGB in twee gevallen een rechtskeuze kunnen uitbrengen. Lid 2 geeft de echtgenoten de mogelijkheid om het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit te kiezen indien een van de echtgenoten polypatride is en de andere echtgenoot ook deze nationaliteit heeft, mits de objectieve aanknopingsregels niet leidt tot de toepassing van dat recht.¹² Het kan dus bijvoorbeeld gaan om de keuze voor Grieks recht bij een echtpaar waarvan de man Duitser en Griek is en de vrouw Griekse.¹³ Uit de

7 Notariële Praxis, Randnr. 126.

8 Schotten, Notariële Praxis, Randnr. 126, wijst er wel op dat het nog maar de vraag is of een dergelijke keuze in het buitenland wordt erkend. Zie hiervoor in de Nederlands-Duitse context het hierover geschrevene in onderdeel 23.3.

9 Voor het huwelijksgevolgenrecht kan de keuze ook staande huwelijk geschieden, maar zoals Jayme, IPRax 1993, p. 81, opmerkt, moet de keuze nog wel tijdens het leven door de echtgenoten zijn gedaan.

10 Zie Jayme, IPRax 1993, p. 81.

11 Kropholler, IPR, p. 312-313.

12 Schotten, Notariële Praxis, Randnr. 118.

13 Krachtens de objectieve aanknopingsregel art. 14 lid 1 j° 5 lid 1 EGBGB zou hier bij de vrouw het Duitse recht in aanmerking worden genomen, waardoor geen gemeenschappelijke nationaliteit aanwezig is in de zin van art. 14 EGBGB. Zie de bespreking van de bijzondere rol die art. 5 lid 1 EGBGB speelt bij de toepassing van art. 14 EGBGB. Ik houd mij hierbij aan de heersende leer die in onderdeel 18.3.2 is uiteengezet. Kort samengevat komt deze hierop neer: art. 5 lid 1 EGBGB is

voorwaarden voor deze rechtskeuze blijkt dat het gekozen recht nooit het Duitse kan zijn.¹⁴

De tweede mogelijkheid van een rechtskeuze staat in art. 14 EGBGB lid 3 EGBGB. Het betreft daar steeds gevallen waarbij de echtgenoten zonder rechtskeuze zouden vallen onder de aanknopng van de nauwste verbondenheid.

GEKOZEN RECHT WORDT VERVANGEN DOOR EEN ANDER RECHT

Er zijn twee wijzen waarop een gekozen recht vervangen kan worden door een ander recht. Ten eerste kunnen de echtgenoten het gekozen recht door een ander recht vervangen indien zij nog steeds voldoen aan de vereisten van art. 14 EGBGB. Zij hebben ook de mogelijkheid om de rechtskeuze op te heffen, met als gevolg dat hun huwelijksgevolgen weer door het objectief bepaalde recht worden beheerst.¹⁵ Hoewel de wet dit niet uitdrukkelijk vermeldt, kan dit volgens de heersende leer op grond van de wetshistorie wel worden aangenomen.¹⁶ In de tweede plaats kan de rechtskeuze in bepaalde gevallen ook van rechtswege worden opgeheven, zoals in het navolgende zal worden uitgewerkt.

BEËINDIGING VAN EEN RECHTSKEUZE VAN RECHTSWEGE

In één geval eindigt de rechtskeuze van rechtswege: zodra de echtgenoten een gemeenschappelijke nationaliteit verkrijgen, vervangt dat recht automatisch het eerder gekozen recht, zie de slotzin van art. 14 lid 3 EGBGB. Daarbij rijst de bekende vraag of dit effect al optreedt bij verkrijging van een gemeenschappelijke nationaliteit in het algemeen,¹⁷ of dat dit bij polypatriden alleen geschiedt als aan art. 5 lid 1 EGBGB is voldaan, maar de literatuur neemt hier geen eenduidig standpunt over in.¹⁸

Zelfs los van de geschetste verrassingen door toepassing van renvoi lijkt het mij evident dat de beëindiging van de rechtskeuze van rechtswege geen goede

altijd van toepassing tenzij de wet bepaalt dat dit niet zo is.

14 Schotten, *Notariële Praxis*, Randnr. 118.

15 Kegel, *IPR*, p. 531; Kühne, *IPRax* 1987, p. 72. Eenzijdige beëindiging is, behalve in extreme gevallen vergelijkbaar met een wilsgebrek uit het Nederlandse recht, niet mogelijk.

16 Wegmann, *NJW* 1987, p. 1742; Palandt/Heldrich, Randnr. 16 bij art. 14 EGBGB; Lichtenberger, *DNotZ* 1986, p. 658; Schotten, *Notariële Praxis*, Randnr. 122 met verdere verwijzingen.

17 Wegmann, *NJW* 1987, p. 1741 die dit voorbeeld geeft.

18 Siehr neemt wel aan dat het geldt, zie *MünchKomm* (Siehr), Randnr. 49 bij art. 14 EGBGB; Heldrich houdt aan de tegengestelde opvatting vast, Palandt/Heldrich, Randnr. 15 bij art. 14 EGBGB. Opmerkelijk is dat bij toepassing van deze regel ineens het renvoi weer opduikt. Kegel, *IPR*, p. 530, geeft dit voorbeeld: een Engelsman en een Zwitserse die in Parijs wonen, hebben Engels huwelijksgevolgenrecht gekozen. Als de vrouw daarna Engelse wordt met verlies van haar Zwitserse nationaliteit, dan gaat van rechtswege hun gemeenschappelijke nationale recht gelden. Het Engelse recht moet dan worden uitgelegd als het Engelse recht inclusief het Engelse IPR. Met inachtneming van het renvoi uit het Engelse IPR dat naar het woonplaatsrecht van de echtgenoten verwijst, geldt daarna Frans materieel recht voor hun huwelijksgevolgen. In Nederlandse ogen een opmerkelijke gang van zaken.

regeling is. Die weinige echtgenoten die de moeite nemen om een rechtskeuze uit te brengen zouden daarvoor ‘beloond’ moeten worden door een voortgezette gelding gedurende hun huwelijk. Daarbij gaat het mij niet in eerste instantie om de continuïteit van de aanknopings, maar om het honoreren van een bewuste keuze door de echtgenoten. Deze gedachtegang is vergelijkbaar met de motieven achter art. 7 Verdrag 1978 dat automatische verandering uitsluit als echtgenoten zich over het toepasselijke recht hebben uitgesproken. Een latere *automatische* verandering past daar niet bij.

Is daartegen in te brengen dat het veranderlijkheidsbeginsel, met als achterliggende gedachte een optimale aanpassing aan de omgeving van de echtgenoten, deze wettelijke overgang eist? Ik denk dat het van tweeën één is: of men laat rechtskeuze toe en honoreert deze in bovengenoemde zin, of men legt de nadruk op de objectieve verbondenheid van echtgenoten met hun (rechts)omgeving en laat rechtskeuze geen aparte rol meer spelen. De gekozen vervlechting van beide principes is mijns inziens minder gelukkig.

24.1.2 Objectieve aanknopings bij gebrek aan een rechtskeuze

AANKNOPING AAN DE GEMEENSCHAPPELIJKE NATIONALITEIT

Zoals reeds in onderdeel 18.3 is uitgewerkt, knoopt art. 14 EGBGB bij gebreke aan een rechtskeuze aan bij de gemeenschappelijke nationaliteit¹⁹ ten tijde van de huwelijksluiting. De persoonlijke huwelijksgevolgen van het echtpaar worden door dit recht beheerst zolang nog minstens één der echtgenoten deze nationaliteit heeft.²⁰ Wanneer slechts een der echtgenoten de gemeenschappelijke nationaliteit verliest²¹ verandert nog niets aan het toepasselijke huwelijksgevolgenrecht, ongeacht de reden voor het verlies. De bedoeling is dat niet te gauw een wijziging plaatsvindt.²² Bij wijziging van beide nationaliteiten is vanaf dat moment de nieuwe gemeenschappelijke nationaliteit toepasselijk tenzij echtgenoten geen gemeenschappelijke nationaliteit meer hebben.²³

AANKNOPING AAN HET RECHT VAN HET GEMEENSCHAPPELIJKE GEWONE VERBLIJFSLAND

Als echtgenoten geen gemeenschappelijke nationaliteit in de genoemde zin

19 Vaststelling van de gemeenschappelijke nationaliteit moet hier in beginsel plaatsvinden aan de hand van art. 5 lid 1 EGBGB.

20 Hierbij neemt het Duitse recht renvoi aan, art. 4 EGBGB, Palandt/Heldrich, Randnr. 3 bij art. 14 EGBGB.

21 Niet is bedoeld dat de nationaliteit niet meer effectief is. MünchKomm (Siehr), Randnr. 20 sub aa bij art. 14 EGBGB.

22 Pirrung, IPR, p. 140.

23 Kritisch over deze regeling onder andere MünchKomm (Siehr), Randnr. 17 bij art. 14 EGBGB, die ingaat op de complicaties bij staatlozen, en Kegel, IPR, p. 528, zie ook de 5e druk, p. 479, die na het verlies van de nationaliteit door beide echtgenoten aan dat recht wil blijven aanknopen omwille van de continuïteit.

(meer) hebben en zij geen gebruik hebben gemaakt van de rechtskeuzemogelijkheden, dan worden hun persoonlijke huwelijksgevolgen beheerst door het recht van hun gemeenschappelijk woonland, waarbij niet is vereist dat zij daar ook samenwonen, art. 14 lid 1 sub 2 EGBGB. Woonplaats hebben in hetzelfde land is voldoende.²⁴ Als zij een gemeenschappelijk woonland hebben gehad, dan blijft dit recht hun huwelijksgevolgen beheersen, totdat geen der echtgenoten zijn woonplaats meer in dat land heeft.²⁵ Hier geldt derhalve een vergelijkbare continuering van de aanknoping als bij de gemeenschappelijke nationaliteit: pas wanneer geen der echtgenoten meer een binding heeft met dat land, moet men met behulp van art. 14 EGBGB weer een ander toepasselijk recht bepalen.²⁶ Als beiden het vroegere gemeenschappelijke woonland hebben verlaten, dan zal het recht van dat land niet automatisch weer van toepassing worden op het huwelijksgevolgenrecht als een der echtgenoten zich opnieuw in die staat vestigt.

AANKNOPING AAN HET RECHT VAN DE NAUWSTE VERBONDENHEID

Indien echtgenoten geen rechtskeuze hebben uitgebracht, en zij noch een gemeenschappelijk nationaal recht, noch een gemeenschappelijk woonland in de bovengenoemde zin hebben, dan moet het recht van de nauwste verbondenheid worden vastgesteld ter bepaling van het recht dat op hun huwelijksgevolgen toepasselijk is, art. 14 lid 1 sub 3 EGBGB. Aangezien de wetstekst zelf geen enkele aanwijzing geeft omtrent de vaststelling van dit recht,²⁷ moet dit worden gedestilleerd uit het geheel der omstandigheden van dit echtpaar, zoals reeds in onderdeel 18.3.1 in het kader van het huwelijksvermogensrecht is aangegeven.²⁸

Omstreden is of bij de aanknoping aan het recht van de nauwste verbondenheid renvoi plaatsvindt, zie onderdeel 18.3.1.²⁹

24.2 De “Schlüsselgewalt” in het Duitse IPR

De in hoofdstuk 11 besproken zogenaamde ‘Schlüsselgewalt’, § 1357 BGB,

24 Palandt/Heldrich, Randnr. 8 bij art. 14 EGBGB. Ook hier geldt renvoi.

25 MünchKomm (Siehr), Randnr. 30 bij art. 14 EGBGB; Palandt/Heldrich, Randnr. 8 bij art. 14 EGBGB.

26 MünchKomm (Siehr), Randnr. 31 bij art. 14 EGBGB.

27 Voor de wetshistorie zie MünchKomm (Siehr), Randnr. 35 bij art. 14 EGBGB.

28 Wengler, RabelsZ 53 (1989), p. 429. Zie voor mogelijke indicatoren voor deze toets Palandt/Heldrich, Randnr. 10 bij art. 14 EGBGB.

29 Palandt/Heldrich, Randnr. 3 bij art. 14 EGBGB: de heersende opvatting is dat steeds renvoi moet worden toegepast tenzij de wet dit uitdrukkelijk uitsluit; Kropholler, IPR, p. 153 met verdere verwijzingen. Voor: Ebenroth/Eyles, IPRax 1989, p. 11; Kartzke, IPRax 1988, p. 9-10; tegen: Von Bar, IPR II, Randnr. 208; Staudinger-Hausmann, Art. 4 EGBGB Rn 99.

wordt aangeknoopt volgens de regels van art. 14 EGBGB.³⁰ Vaak zal derhalve § 1357 BGB van toepassing zijn als via art. 15 EGBGB ook Duits huwelijksvermogensrecht toepasselijk is, maar dit kan ook anders zijn, bijvoorbeeld omdat door een tussentijdse wijziging van de feiten het huwelijksgevolgenrecht is veranderd terwijl het huwelijksvermogensrecht niet mee-verandert. Ook een huwelijksvermogensrechtelijke rechtskeuze staande huwelijk kan voor een afwijkend toepasselijk recht zorgen.

Als een echtgenoot in Duitsland een huishoudelijke schuld aangaat in de zin van § 1357 BGB, wat is dan de positie van de wederpartij bij die verbintenis? In de volgende onderdelen zullen verschillende varianten aan bod komen waarbij steeds het toepasselijke huwelijksgevolgenrecht naar Duits IPR wordt vastgesteld.

De Nederlandse regeling is reeds in het vorige hoofdstuk aan de orde geweest. Voor een vergelijking verwijs ik naar de desbetreffende onderdelen in hoofdstuk 24. Voor het Nederlandse IPR was een grotere onderverdeling naar feitelijke constellaties noodzakelijk. Aangezien de woonplaats van partijen in het Duitse IPR alleen van belang kan zijn voor het toepasselijke huwelijksgevolgenrecht maar niet voor de derdenbescherming, laat ik in dit hoofdstuk de onderverdeling naar woonplaats van de echtgenoten achterwege, tenzij het Nederlandse IPR via renvoi toch weer gelding opeist.

24.3 Vereisten voor derdenbescherming ex art. 16 lid 2 EGBGB

Anders dan voor het huwelijksvermogensstatuut, dat in Duitsland kan worden ingeschreven in het Güterrechtsregister, bestaat een dergelijke mogelijkheid voor het huwelijksgevolgenrecht niet. Derhalve is, in ieder geval in theorie,³¹ de noodzaak groter dat derden tegen hen onbekende huwelijksgevolgen worden beschermd. Art. 16 lid 2 EGBGB bepaalt dat § 1357 BGB van toepassing is op rechtshandelingen die in Duitsland zijn verricht, in zoverre deze bepalingen *gunstiger* zijn voor de derde dan het eigenlijk toepasselijke buitenlandse recht. Gunstiger is hier op te vatten in de zin waarin dit ook voor andere onderwerpen van art. 16 lid 2 EGBGB in onderdeel 20.4 geldt: voor de derde in objectieve zin gunstiger, hetgeen de rechter ambtshalve dient vast te stellen.³² In beginsel is de dubbele aansprakelijkheid van de echtgenoten gunstiger dan enkelvoudige aansprakelijkheid.³³ Dat de andere echtgenoot door de werking van § 1357 BGB ook een beroep op nakoming jegens de

30 Jayme, IPRax 1993, p. 81; Henrich, IPR Familienrecht, p. 29, 38; Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 14 EGBGB Rn 315.

31 In de Duitse praktijk worden buitenlandse huwelijksvermogensregimes ook nauwelijks ingeschreven. Ter zijde merk ik hier op dat de mate van beschermingsbehoefte bij beide rechtsfiguren in de praktijk weinig uiteen zal lopen.

32 Zie Jayme, IPRax 1993, p. 81 met verdere verwijzingen.

33 Jayme, IPRax 1993, p. 81.

wederpartij krijgt, moet bij de vaststelling van de gunstigste optie voor de derde buiten beschouwing blijven, aldus Von Bar/Mankowski.³⁴

Voor een beroep op § 1357 BGB is vereist dat de derde te goeder trouw geen kennis heeft van eventuele toepasselijkheid van het buitenlandse recht. Dit is in dit verband een vrij lichte eis zoals in onderdeel 20.4 al aan de orde was. De derde mag niet op de hoogte zijn van de gelding van het buitenlandse recht en ook niet opzettelijk of door grobe Fahrlässigkeit daarvan niet op de hoogte zijn.³⁵

Fischer³⁶ legt een link met een eventuele inschrijving in het Güterrechtsregister waarin een beperking of onttrekking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van § 1357 BGB kan zijn ingeschreven, maar dit lijkt mij in dit verband minder relevant. De derde vertrouwt er hier niet primair op dat de wettelijke regels door echtgenoten niet buitenspel zijn gezet, maar hij vertrouwt erop dat de Duitse regels toepasselijk zijn. Dat is nu juist geen feit dat echtgenoten in het register moeten inschrijven, zo dunkt mij. Daarom lijkt mij een parallel met de registerbescherming en bijbehorende onderzoeksplicht van § 1412 BGB niet passend.

Daarentegen sluit ik mij wel bij zijn theorie aan dat de onderzoeksplicht beïnvloed wordt door het soort rechtshandeling waarvoor de dubbele aansprakelijkheid moet gelden. In noodgevallen waar bijvoorbeeld een arts hulp moet bieden en hij er vanuit mag gaan dat de echtgenoot van de patiënt de rekening zal betalen, moet eerder de goede trouw van de arts worden beschermd dan bij krediettransacties waar nader onderzoek verricht kan worden zonder dat dit het afsluiten van het contract behoeft te vertragen.³⁷ Een tussengeval betreft postorderbestellingen.

Daarnaast moet de rechtshandeling in Duitsland zijn verricht, wil de derdenbescherming werken.³⁸ Niet is vereist dat partijen daar ook wonen of gevestigd zijn.³⁹ Het is omstreden of de partijen bij het sluiten van de overeenkomst in Duitsland lijfelijk aanwezig moeten zijn.⁴⁰

24.3.1 Toepasselijkheid van § 1357 BGB (j° art. 16 lid 2 EGBGB) bij een huishoudelijke schuld in Duitsland

Bij de bespreking van de vraag of derden een geslaagd beroep kunnen doen

34 Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 16 EGBGB Rn 60.

35 Palandt/Heldrich, Randnr. 3 bij art. 16 EGBGB; Fischer, p. 165 met verdere verwijzingen, p. 140.

36 P. 163.

37 Fischer, p. 164-165.

38 MünchKomm (Siehr), Randnr. 24 bij art. 16 EGBGB; Fischer, p. 140 en 162 e.v.

39 Zo ook Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 16 EGBGB Rn 61. Fischer, p. 166, is daar niet erg gelukkig mee en houdt de mogelijkheid open ongewenste gevolgen hiervan via de goede trouw-eis te corrigeren.

40 In deze zin MünchKomm (Siehr), Randnr. 33 bij art. 16 EGBGB; Fischer, p. 166; Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 16 EGBGB Rn 61. Anders Palandt/Heldrich, Randnr. 3 bij art. 16 EGBGB, die ook vertegenwoordiging toelaat.

op § 1357 BGB of art. 16 lid 2 EGBGB hangt het ervan af of de echtgenoten onder Duits huwelijksgevolgenrecht vallen of niet. Om te beginnen de eerste variant:

a. Echtgenoten vallen onder Duits huwelijksgevolgenrecht

Hier is § 1357 BGB in ieder geval van toepassing. Dit kan verschillende constellaties omvatten. Indien bijvoorbeeld twee in Nederland wonende Duitse echtgenoten in Duitsland een nieuw bed aanschaffen, kan de winkelier beide echtgenoten aanspreken tot betaling van de koopprijs en kunnen ook beide echtgenoten nakoming van de verbintenissen uit de overeenkomst vorderen.⁴¹ Maar het kan ook twee in Duitsland wonende echtgenoten betreffen waarvan tenminste één een buitenlandse nationaliteit heeft, waardoor voor het huwelijksgevolgenrecht aan de woonplaatswet wordt aangeknoopt.⁴²

b. Echtgenoten vallen onder Nederlands huwelijksgevolgenrecht

De echtgenoten die in Duitsland een rechtshandeling verrichten kunnen ook onder Nederlands huwelijksgevolgenrecht vallen, wanneer men dit bekijkt vanuit de Duitse optiek. Nemen wij bijvoorbeeld aan dat deze aanknoping tot stand komt doordat beide echtgenoten de Nederlandse nationaliteit hebben of, bij verschillende nationaliteiten, de aanknoping aan hun woonplaats, Nederland, tot toepassing van Nederlands huwelijksgevolgenrecht leidt. In deze gevallen wordt ex art. 14 lid 1 EGBGB aangeknoopt bij het Nederlandse recht, daaronder het IPR begrepen, art. 14 lid 1 j° 4 lid 1 EGBGB § art. 2 WCHb. Hierbij wordt nader onderscheid gemaakt tussen de situatie dat de niet-handelende echtgenoot in dezelfde staat woont als de wederpartij en gevallen waarin dat niet het geval is. Wanneer de wederpartij en de handelende echtgenoot in Duitsland wonen (de woonplaats van de andere echtgenoot is niet relevant), geldt volgens art. 2 WCHb de Duitse wet en daarmee § 1357 BGB.⁴³ Is de wederpartij in Duitsland gevestigd en de handelende echtgenoot woont in Nederland, geldt, zo wil de Nederlandse parlementaire geschiedenis, de *lex causae* van de koopovereenkomst.⁴⁴ Volgens het Nederlandse IPR⁴⁵, art. 2 WCHv j° 4 lid 2 EVO, zal dit het recht van de vestigiging van de verkoper, het Duitse recht zijn (tenzij er sprake is van een consumentenovereenkomst in de zin van art. 5 EVO). In het gewone geval zal derhalve ook hier door de werking van renvoi de Duitse bepaling inzake de 'Schlüsselgewalt'

41 Zie voor de Duitse internrechtelijke regeling hoofdstuk 11.

42 Indien de echtgenoten niet samenwonen, moet de winkelier ervan uitgaan dat de werking van § 1357 BGB wordt opgeschort ('ruht'), zie onderdeel 11.2.

43 Ik ga er in het vervolg van uit dat § 1357 BGB geldt. Daaronder moet de lezer ook de 'ruhende' variant bij niet-samenwonende echtgenoten verstaan.

44 Zie het vorige hoofdstuk voor kritische argumenten tegen deze opvatting.

45 Mijns inziens moet hier de bepaling van de *lex causae* plaatsvinden via het Nederlandse IPR omdat het hele traject van bepaling van de materiële oplossing is 'uitbesteed' aan het Nederlandse IPR.

toepasselijk zijn.⁴⁶ Afgezien van de bijzondere gevallen van art. 5 EVO, gaat de wederpartij in gevallen waarin de rechtshandeling in Duitsland tot stand is gekomen, terecht uit van de werking van § 1357 BGB en is geen bijzondere beschermingsconstructie nodig.

ECHTGENOTEN DOEN EEN RECHTSKEUZE VOOR HET NEDERLANDSE RECHT

Wanneer de echtgenoten onder het Nederlandse huwelijksgevolgenrecht vallen ten gevolge van een keuze voor dit recht, geldt het Nederlandse huwelijksgevolgenrecht zonder toepassing van renvoi, art. 14 lid 2 j° 4 lid 2 EGBGB. Toepasselijk is dan art. 1:85 BW. Desondanks mag de winkelier in Duitsland die aan een van de echtgenoten een zaak verkoopt, in dit geval uitgaan van de werking van de Duitse bescherming ex art. 16 lid 2 EGBGB j° § 1357 BGB, mits hij te goeder trouw is en de Duitse regeling gunstiger is dan art. 1:85 BW. De rechtshandeling is immers in Duitsland tot stand gekomen.

Men kan zich afvragen of de Nederlandse regeling voor de derde niet gunstiger is, omdat in het Nederlandse recht niet wordt aangenomen dat de andere echtgenoot ook de prestatie kan vorderen die de derde moet verrichten, anders dan in het Duitse recht, § 1357 lid 1, 2e zin BGB. In de literatuur en jurisprudentie is dit punt nog niet beslist, maar ik kan mij voorstellen dat de Nederlandse regeling inderdaad als gunstiger voor de derde wordt gezien.⁴⁷ In dat geval zal de winkelier die achter de ware verhoudingen komt, niet jegens de andere echtgenoot behoeven na te komen als deze zich op § 1357 BGB beroept.

Mochten er rechtshandelingen zijn die naar Nederlands recht niet onder art. 1:85 BW vallen, maar naar Duits recht wel onder § 1357 BGB, dan zal de wederpartij blij zijn met de mogelijkheden die de goede trouw-bescherming van art. 16 lid 2 EGBGB hem biedt. In het omgekeerde geval dat art. 1:85 BW wel tot dubbele aansprakelijkheidstelling leidt, maar § 1357 BGB niet, bijvoorbeeld bij gescheiden wonende echtparen, zal de wederpartij in ieder geval wel een beroep kunnen doen op art. 1:85 BW.

24.3.2 Toepasselijkheid van § 1357 BGB of art. 1:85 BW bij een huishoudelijke schuld die is aangegaan in Nederland

Indien de huishoudelijke schuld in Nederland is aangegaan, kan naar Duits IPR de wederpartij niet worden beschermd tegen een buitenlands huwelijksgevolgenrecht. De Duitse derdenbescherming van het EGBGB strekt zich immers alleen uit over in Duitsland verrichte rechtshandelingen. Deze beper-

46 Bij een bijzondere consumententransactie in de zin van art. 5 EVO is dan volgens het Nederlandse IPR wel art. 1:85 BW toepasselijk omdat dan wordt aangeknoopt aan de Nederlandse *lex causae*.

47 Zie Fischer, p. 167-168, over ondermeer de kwestie dat de buitenlandse regels een andere oplossing geven voor de vraag wie aansprakelijk wordt gesteld.

king wordt in de literatuur verdedigd met het argument dat zij is gekoppeld aan het registerstelsel zoals Duitsland dat kent.⁴⁸ Zoals reeds in hoofdstuk 13 is opgemerkt, is deze redenering mijns inziens niet sluitend voor zover men haar betreft op het huwelijksgevolgenrecht dat naar Duits recht immers niet kan worden ingeschreven.

Indien men voorstander is van analoge toepassing van art. 16 EGBGB ten aanzien van een rechtshandeling die in het buitenland is verricht,⁴⁹ dan is het nog maar de vraag hoever deze moet gaan. Is het niet voor de hand liggend om de bescherming te beperken tot hetgeen de wet ter plaatse van het verrichten van de rechtshandeling aan bescherming toestaat? Elke verdergaande bescherming, zo Fischer, bergt alleen het gevaar van hinkende rechtsverhoudingen met zich mee. Het nadeel van een verdergaande bescherming is ook dat de feitelijke waarde van de Duitse bepaling heel gering kan zijn, omdat zij ter plaatse niet geëffectueerd kan worden. Fischers oplossing hiervoor is: neem bescherming aan volgens het woonplaatsrecht van de echtgenoten. Siehr daarentegen wil op grond van art. 16 lid 2 EGBGB analoog aanknopen bij het recht van het land waar de overeenkomst tot stand gekomen is, mede omdat art. 16 lid 2 EGBGB alleen van toepassing is op rechtshandelingen die in Duitsland zijn verricht. Hij verruimt deze regel per analogiam tot een meerzijdige conflictregel.

24.3.3 Conclusie

Aangezien uit dit korte overzicht en de beperkte rechtsvergelijking reeds blijkt dat de twee onderzochte landen verschillende aanknopingspunten en uiteenlopende vereisten voor bescherming kennen, lijkt het mij voor de hand te liggen om steeds dan bescherming toe te kennen indien deze beschermingsregeling volgens haar eigen normen toepasselijk wil zijn. Ik realiseer mij dat door een ongelukkige combinatie van aanknopingspunten een ‘beschermingslacune’ kan ontstaan maar dat moet men voor lief nemen, evenals een cumulatieve van beschermingsbepalingen. Of men dan zo streng moet zijn als het Duitse EGBGB, dat een van ambtshalve toe te passen bescherming kent, lijkt mij niet voor de hand te liggen. Hier bevalt de Nederlandse weg mij beter: bescherming is een voorrecht waarvan een derde gebruik mag maar niet hoeft te maken.

Het bovenstaande leidt tot de volgende opvatting voor het Duitse IPR: in de gevallen dat de Nederlandse wederpartij en de handelende echtgenoot beiden in Nederland wonen, treedt art. 2 WCHb in werking, waardoor art. 1:85 BW

48 Voor een aantal verwijzingen naar aanleiding van de voorganger van art. 16 EGBGB zie Fischer, p. 175. De oudere literatuur verdedigde de beperkte toepassing van de derdenbescherming, terwijl de meer recente literatuur voor een bredere analoge toepassing van de regeling is, aldus Fischer op de genoemde pagina.

49 Zo bijvoorbeeld Siehr, MünchKomm, Randnr. 43 bij art. 16 EGBGB.

geldt, op grond van de Duitse renvoi-gedachte.⁵⁰ Voor analoge toepassing van art. 16 lid 2 EGBGB is in mijn voorstel geen plaats: ook de Duitse rechter zou van toepasselijkheid van de Nederlandse regeling moeten uitgaan.

24.4 Gevolgen van de veranderlijkheid van het toepasselijke recht ten aanzien van de “Schlüsselgewalt”

Wat gebeurt er naar Duits IPR als de medeaansprakelijkheid van de andere echtgenoot bij een duurcontract, zoals koop op afbetaling van een huishoudelijk goed, tijdens de contractperiode ineens door het huwelijksgevolgenrecht van een andere staat wordt beheerst? Aangenomen dat op grond van dat recht de andere echtgenoot niet meer aansprakelijk zou zijn voor de nog niet betaalde termijnen, kan deze echtgenoot zich daar dan op beroepen of is hij, gezien het feit dat het contract gesloten was onder het eerst geldende recht dat wel dubbele aansprakelijkheid meebracht, ook voor de na de wijziging openvallende termijnen medeaansprakelijk? Maakt het nog iets uit of de wijziging intreedt doordat een objectieve aanknopingsregel ineens een ander recht aanwijst, of dat echtgenoten door een rechtskeuze zelf de wijziging hebben veroorzaakt?

Aangenomen wordt dat de wijziging ex nunc intreedt.⁵¹ Dit kan meebrengen dat bij duurverhoudingen voor verschillende tijdvakken verschillend recht moet worden toegepast.⁵² Dit zou in ons voorbeeld betekenen dat de derde voor de nadien verschenen termijnen de andere echtgenoot niet meer zou kunnen aanspreken, ervan uitgaand dat de derde geen beroep op een Duitse beschermingsbepaling kan doen. In de Duitse literatuur is men blijken de geringe aandacht die aan deze materie wordt besteed (alleen Von Bar/Mankowski merkt op dat subjectieve rechten blijven behouden)⁵³, niet erg bezorgd voor de gevolgen van de veranderlijkheid. In zekere zin zal dit, zo vermoed ik, worden veroorzaakt door het feit dat de derde te goeder trouw beschermd wordt tegen de gelding van het buitenlandse huwelijksgevolgenrecht. In de regel zal hij verschoonbaar onkundig zijn van de wijziging van het regime, waardoor het zelden zal voorkomen dat een echtgenoot zich daadwerkelijk op de gewijzigde omstandigheden kan beroepen. Juridisch is deze redenering niet sterk, maar praktisch is zij wel van grote invloed.

Minder voordelig is de positie van de wederpartij die ten tijde van de contractsluiting op de hoogte is van de toepasselijkheid van buitenlands

⁵⁰ Geheel duidelijk is dit niet, zie bijv. Fischer, p. 180.

⁵¹ MünchKomm (Siehr), Randnr. 70 bij art. 14 EGBGB; zo ook al Staudinger-Von Bar/Mankowski, art. 14 EGBGB Rn 109; Von Bar, IPR II, Randnr. 194, 203; Palandt/Heldrich, Randnr. 15-16 bij art. 14 EGBGB.

⁵² Staudinger-Von Bar/Mankowski, art. 14 EGBGB Rn 111.

⁵³ Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 14 EGBGB Rn 111.

huwelijksgevolgenrecht dat ruimere verhaalsmogelijkheden biedt dan het Duitse, wanneer daarna tijdens de looptijd van de overeenkomst het Duitse recht toepasselijk wordt. In dat geval kan de derde niet beschermd worden in zijn vertrouwen op het feit dat het buitenlandse recht blijft gelden en moet hij zich neerleggen bij de Duitse beperkingen.

§ 1357 BGB heeft ook een keerzijde. Zoals in onderdeel 11.1 is besproken, wordt naar Duits intern recht aangenomen dat verdubbeling van de aansprakelijkheid gepaard gaat met een verdubbeling van de partij-positie aan de kant van de echtgenoten. Dat betekent dat de medeaansprakelijke echtgenoot medepartij wordt, en daarmee medecrediteur ten aanzien van de tegenprestatie van de wederpartij. Mijns inziens kunnen de echtgenoten zich na de overgang naar het Duitse recht op de gelding van § 1357 BGB beroepen.⁵⁴ Dit geldt ook voor de variant dat eerst het Nederlandse recht toepasselijk was, dat geen verdubbeling van de crediteurspositie bij de echtgenoten aanneemt, die daarna wel intreedt doordat § 1357 BGB toepasselijk wordt. Vanaf de datum van de wijziging kan mijns inziens de andere echtgenoot nakoming van de overeenkomst voor de tijd daarna vorderen zoals dit uit § 1357 BGB voortvloeit, zonder dat de derde zich daartegen kan verweren.

Het probleem is hierbij ondermeer daarin gelegen dat deze verandering zich kan voltrekken zonder dat de derde er in eerste instantie kennis van heeft. Slechts indien hij op de hoogte is van de relevante feiten die verandering van de huwelijksgevolgenwet met zich meebrengen, kan hij zelf te weten komen dat er een wijziging in zijn positie is opgetreden. Enige inschrijvingsmogelijkheden of -verplichtingen bestaan immers niet op dit terrein zodat de derde geheel afhankelijk is van de mededelingen die zijn wederpartij hem verschaft of eigen kennis die hij langs andere weg vergaart.

24.5 Kritische vergelijking van het Duitse en het Nederlandse IPR op het gebied van de dubbele aansprakelijkheidstelling voor huishoudelijke schulden

Opvallend zijn de verschillen tussen beide regelingen. Het Duitse IPR geeft alleen een duidelijke regel voor rechtshandelingen die in Duitsland worden verricht, waarbij in de literatuur omstreden is of analoge toepassing van de regel ook voor in het buitenland verrichte rechtshandelingen moet worden aangenomen. De Nederlandse regeling geeft evenmin een alomvattende regel, maar door de gegevens in de parlementaire stukken wordt de puzzel toch redelijk ingevuld en biedt art. 2 WCHb, met de aanvulling van het EVO zoals de Nederlandse wetgever dit bedoelt, voor alle rechtshandelingen een oplos-

⁵⁴ Dit is niet afhankelijk van een inschrijving in het Güterrechtsregister dat immers alleen inschrijvingen inzake het huwelijksgoederenrecht kan bevatten. § 1357 BGB is in het IPR een bepaling van huwelijksgevolgenrecht, dat niet inschrijfbaar is in het Güterrechtsregister.

sing. Dit laatste lijkt mij beter, hoewel men zich niet al te veel illusies moet maken over de praktische relevantie van die sluitende regeling. Zij zal automatisch haar grenzen bereiken doordat de Nederlandse rechter aan rechtsmachtregels gebonden is.⁵⁵

Een ander verschil is dat de Nederlandse regeling inzake huwelijksgevolgen inclusief de aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden van dwingend recht is, terwijl het Duitse recht uitgaat van de mogelijkheid van een rechtskeuze. Zoals in het vorige hoofdstuk werd uitgewerkt, zal een Duitse rechtskeuze voor het huwelijksgevolgenrecht, ook als echtgenoten naar Nederlands IPR onder het Duitse huwelijksgevolgenrecht vallen, niet worden erkend, omdat het Nederlandse IPR geen renvoi toestaat. Vanuit het oogpunt van internationale beslissingsharmonie is dit te betreuren, temeer omdat het Nederlandse IPR in het huwelijksvermogensrecht dankzij het Verdrag de rechtskeuze hoog in het vaandel heeft staan, hoewel het Nederlandse interne huwelijksvermogensrecht een aantal dwingende regels heeft. Daarom valt het te betreuren dat art. 2 WCHb art. 1:85 BW aan de echtgenoten dwingend oplegt.

Voorts is opvallend dat een wijziging van feitelijke omstandigheden de vraag naar de dubbele aansprakelijkheid bij huishoudelijke schulden in het Nederlandse recht niet beïnvloedt, hoewel het huwelijksgevolgenrecht als geheel veranderlijk wordt aangeknoopt. Het toetsingsmoment ligt volgens de wet bij het moment van het totstandkomen van de rechtshandeling. Latere verhuizingen van partijen of de andere echtgenoot die leiden tot de overgang naar een ander huwelijksgevolgenrecht, doen dan voor de bescherming van de wederpartij niet meer terzake. Daarentegen kan in het Duitse IPR een deel van een duurovereenkomst onder het ene regime vallen en het andere onder een ander recht.

Een ander verrassend gevolg voor Duitse schuldeisers dat voor Nederlandse schuldeisers in de regel niet zal zijn weggelegd, bestaat hieruit dat een Duitse schuldeiser zich in bepaalde gevallen op bescherming kan beroepen bij onkunde van het feit dat een buitenlands huwelijksgevolgenrecht geldt. Hiermee kan hij de Duitse § 1357 BGB-werking voor zichzelf oproepen. Zulk een regel kent het Nederlandse IPR niet. Daar neemt men aan dat de objectieve aanknopng aan een bepaald recht op grond van art. 2 WCHb aan een schuldeiser al voldoende bescherming zal bieden. Zou het wenselijk zijn om hier nog een met art. 16 lid 2 EGBGB vergelijkbare regeling aan toe te voegen? Gezien mijn eerder uitgesproken mening om afwijkingen van de hoofdregel - iedereen is slechts aansprakelijk voor de door hemzelf aangegane schulden - zo beperkt mogelijk te houden, ligt een ontkennend antwoord voor de hand.

⁵⁵ In uitzonderingsgevallen kan bijvoorbeeld een postorderbedrijf door rechtskeuze en forumkeuze in zijn algemene voorwaarden ongemerkt ook dubbele aansprakelijkheden voor de echtgenoten van zijn klanten in het leven roepen of juist buiten de deur houden maar dit zou te ver voeren om dit op deze plaats uit te werken.

De plaats van de toestemmingsvereisten in het Nederlandse IPR, art. 3 WCHb

In hoofdstuk 12 kwamen de internrechtelijke toestemmingsvereisten bij bepaalde rechtshandelingen aan de orde. De bedoeling van de regeling die in het Nederlandse interne recht is opgenomen in art. 1:88 BW is dat de ene echtgenoot wordt beschermd tegen riskante rechtshandelingen van de andere echtgenoot. De wijze waarop in het Nederlandse interne recht hieraan uitvoering wordt gegeven is dat de rechtshandeling voorshands geldig is, maar aan de andere echtgenoot het recht is gegeven om binnen bepaalde termijnen en onder bepaalde omstandigheden de rechtshandeling te vernietigen.

In een IPR-context is van belang

- a. of en wanneer een echtgenoot door de Nederlandse regeling beschermd wordt, en
- b. of eventueel een vergelijkbare buitenlandse regeling (aanvullend) bescherming kan bieden. Voor derden is van belang of een echtgenoot, die onder de bescherming van een rechtsstelsel valt, dit aan de derde kan tegenwerpen. Valt de echtgenoot onder art. 1:88 BW door de werking van art. 3 WCHb, dan zal dit voor de derde betekenen dat de overeenkomst of andere rechtshandeling vernietigbaar is.

Wanneer is naar Nederlands IPR art. 1:88 BW van toepassing? Voor de conflictregel inzake de toestemmingsvereisten van de andere echtgenoot heeft de Nederlandse wetgever een vrij eenvoudige regeling gegeven: de toestemmingsvereisten van het woonland van de te beschermen echtgenoot zijn van toepassing.¹ De overige aanknopingen van het geval, zoals bijvoorbeeld de nationaliteit of woonplaats van de partijen bij de rechtshandeling, doen niet ter zake. Evenmin is het toepasselijk recht op de persoonlijke huwelijksgevolgen van het echtpaar relevant. Ook, tenslotte, de *lex contractus* die de overige

¹ Als curiosum zij vermeld het geval dat dit minder eenvoudig is, als namelijk de man met meerdere echtgenotes is gehuwd. Dit laat ik in het vervolg buiten beschouwing, omdat de uitwerking te ver van het onderzoeksterrein zou afleiden. Voor een korte stellingname zie de beantwoording van een desbetreffende rechtsvraag door Van Mourik, WPNR 6071 (1992). Van Mourik bepleit dat elke echtgenote die in Nederland woont, onder de bescherming van art. 3 WCHb j° 1:88 BW moet vallen. Zie ook Vonken, losbl. titel 1.5, aant. 10.

aspecten van de overeenkomst beheerst, is niet relevant.²

In dit hoofdstuk zal worden begonnen met een poging om het karakter van art. 3 WCHb vast te stellen. In onderdeel 25.3 zal de werking van de genoemde artikelen jegens derden in verschillende constellaties nader worden bekeken. Tot slot zullen tijdsproblemen aan de orde komen.

25.1 Karakter van de regeling van art. 3 WCHb

Evenals bij art. 2 WCHb rijst ook bij art. 3 WCHb de vraag of welk karakter deze bepaling heeft. Voordat art. 3 WCHb de werkingssomvang van art. 1:88 BW vastlegde, is al veel geschreven over de status die aan de art. 1:88/89 BW in het IPR moet toekomen. Hensen en Joppe³ hebben zich afgevraagd of art. 1:88 BW wellicht als voorrangsregel (in de zin van art. 7 EVO) behandeld zou moeten worden. Joppe was daarin positiever dan Hensen die zich door de internationaal 'lastige' positie van art. 7 lid 1 EVO een beetje liet afschrikken.

Heeft deze zienswijze, die in de door Hensen genoemde jurisprudentie niet al te veel aanhang heeft gekregen, bij de wetgever meer succes gehad? Het lijkt er op het eerste gezicht op: art. 3 WCHb laat art. 1:88 BW toepasselijk zijn als de te beschermen echtgenoot in Nederland woont, waarbij het hierop toepasselijke recht - typisch voor een voorrangsregel - wordt losgekoppeld van het normaal krachtens de gewone conflictregel op de onderlinge rechtsverhouding toepasselijke recht. Maar bij nader inzien is dat niet het geval: de Nederlandse wetgever heeft immers niet volstaan met het aangeven van de werkingssomvang van de Nederlandse toestemmingsvereisten, maar heeft de regel gebilateraliseerd: steeds is het toestemmingsvereiste van het woonlandrecht van de te beschermen echtgenoot toepasselijk, ervan uitgaande dat dit recht een dergelijke bepaling kent.

Aangezien art. 3 WCHb geen scope-rule voor art. 1:88 BW bevat, blijft alleen de mogelijkheid over dat art. 3 WCHb als een gewone bilaterale conflictregel moet worden beschouwd. Aangeknoopt wordt hierbij, anders dan in de hoofdregel van art. 1, niet aan de nationaliteit of woonplaats van *beide* echtgenoten, maar op grond van de beschermingsratio alleen aan de woonplaats van de te beschermen echtgenoot. Dit impliceert dat bescherming van de andere echtgenoot ook kan plaatsvinden bij gescheiden wonende echtgenoten omdat de woonplaats van de handelende echtgenoot irrelevant is. Daarbij is het nog maar de vraag of het recht van de woonplaats van de ande-

2 Geschillen omtrent de vraag of toestemming vereist is ter zake van de vervreemding en verhuur van de echtelijke woning, behalve de daarbij behorende inboedel, kunnen op grond van art. 16 EEX alleen door de rechter van de plaats van ligging behandeld worden. Voor de andere overeenkomsten die in de volgende leden van art. 1:88 BW worden genoemd, gelden deze beperkingen niet, tenzij de overeenkomst een onroerende zaak betreft, bijvoorbeeld de schenking van een perceel grond.

3 Hensen, WPNR 5842 (1987); Joppe, WPNR 5880 (1988), p. 375, 376.

re echtgenoot bescherming wil bieden bij niet samenwonende echtgenoten. Hensen schreef al in 1987⁴ dat de creatie van een (tweezijdige) detailconflictregel op dit terrein nadelen heeft. Het probleem schuilt er in ons kader met name in, dat een ander land, bijvoorbeeld Duitsland, zich weinig tot niets gelegen zal laten liggen aan de regeling die de Nederlandse wetgever ook van toepassing wil laten zijn op in Duitsland wonende echtgenoten.⁵ Het zou dan ook beter zijn geweest als Nederland zich had beperkt tot een eenzijdige voorrangsregel en de regeling voor gevallen, die zich in het buitenland afspeelen, een vrijer karakter had gegeven. Hoe een en ander concreet werkt in de diverse Nederlands-Duitse constellaties zal hieronder worden besproken, waarna een beoordeling van de werking van deze bepaling zal volgen.

25.2 Kan art. 11 EVO een rol spelen bij de ‘handelingsonbekwaamheid’ van echtgenoten die wordt veroorzaakt door toestemmingsvereisten zoals art. 1:88 BW?

In het interne recht heb ik het rechtsgevolg van de werking van art. 1:88 BW gekwalificeerd als een bijzondere vorm van handelingsonbekwaamheid, zie onderdeel 12.3. Betekent dit dat in IPR-constellaties de algemene bescherming van derden tegen handelingsonbekwaamheid van hun wederpartij ex art. 11 EVO toegepast kan worden? In het volgende onderdeel zal dit aspect nog nader aan de orde komen. Daarop vooruitlopend wil ik opmerken, dat de bescherming van art. 11 EVO eventueel gebruikt kan worden door een buitenlandse wederpartij van een echtgenoot, die voor een rechtshandeling toestemming nodig heeft van zijn echtgenoot, terwijl deze toestemmingseis in het woonlandrecht van de wederpartij niet voorkomt. Als de wederpartij te goeder trouw was ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling, zou zij zich - ervan uitgaand dat art. 11 EVO ook voor deze situatie geschreven is - hierop kunnen beroepen en op deze wijze voorkomen dat de andere echtgenoot gebruik kan maken van zijn vernietigingsbevoegdheid. Art. 11 EVO is strikt genomen geschreven voor de handelingsonbekwaamheid in de gebruikelijke zin, maar met M.V. Polak⁶ neem ik aan dat het artikel ook mag worden toegepast in dit bijzondere geval van handelingsonbekwaamheid.⁷ Ook Hensen⁸ acht een verweer op grond van art. 11 EVO in deze gevallen mogelijk. Dit baseert hij onder meer op de begrippen die in andere vertalingen van

4 WPNR 5842.

5 Duitsland en het Verenigd Koninkrijk hebben het voorbehoud van art. 22 EVO gemaakt waarin zij zich ontdoen van de verplichting om onder bepaalde omstandigheden buitenlandse voorrangsregels toe te passen, NIPR 1996, 38.

6 WPNR 5890 (1988), p. 580-581 met een beroep op lagere Nederlandse rechtspraak.

7 Voor nadere gegevens omtrent art. 11 EVO zie Struycken, losbl., III.1 aant. 5, met de Nederlandse vertaling van het Rapport Giuliano/Lagarde ten aanzien van art. 11 EVO.

8 WPNR 5842 (1987), p. 499 en WPNR 6040 (1992), p. 193.

art. 11 EVO worden gebruikt ('capacité' in de Franse tekst, 'legal capacity' in de Engelse tekst), welke geen aanleiding geven om de werking van art. 11 EVO te beperken tot 'echte' handelingsonbekwaamheid. Voor de derde maakt het immers weinig uit wat de reden is van het feit dat de andere partij waarmee hij een overeenkomst sluit, handelingsonbekwaam of handelingsonbevoegd is, aldus ook Hensen. De door het buitenlandse recht aan een bepaalde leeftijd gebonden handelingsonbekwaamheid en de door het huwelijk veroorzaakte onbekwaamheid naar een buitenlands rechtstelsel vormen omstandigheden die niet direct bij een persoon zijn vast te stellen en hebben in beide gevallen hun oorzaak in de afwijkende regeling van het eigenlijk toepasselijke buitenlandse rechtstelsel. De mijns inziens doorslaggevende overeenkomst tussen beide gevallen is dat de ene contractspartij niet zonder toestemming van een andere persoon onaantastbare rechtshandelingen kan verrichten.

Anderzijds moet worden toegegeven dat er wel een verschil qua ratio bestaat tussen de handelingsonbekwaamheid van bijvoorbeeld curandi en minderjarigen, en de handelingsonbekwaamheid van echtgenoten: in de eerste categorie gaat het om de bescherming van een van de partijen bij de overeenkomst, in het tweede geval om bescherming van de echtgenoot van een van de partijen. Met Hensen⁹ komt het mij voor dat dit niet van invloed hoeft te zijn op de bescherming van - in ieder geval - de andere partij bij de overeenkomst tegen manco's in de handelingsonbekwaamheid/onbevoegdheid van zijn contractpartner.

Strikwerda en Joppe¹⁰ zijn er niet zeker van dat de Lizardi-regel uit het EVO hier kan worden ingeroepen, maar vermoeden dat de derdenbeschermingsbepalingen uit het recht dat art. 3 WCHb aanwijst deze materie beheersen. Indien dit Nederlands recht is, zou derhalve de derdenbescherming via art. 1:89 BW moeten lopen. Of men in de praktijk aan de toepassing van art. 11 EVO toekomt, zal in het navolgende nader worden bekeken.

25.3 Toetsing van art. 3 WCHb in praktische constellaties

Bij de behandeling van de werking van art. 3 WCHb moet worden onderscheiden naar toestemming bij overeenkomsten en andere rechtshandelingen, zoals hieronder zal blijken. Art. 3 WCHb maakt dit onderscheid zelf niet. De tekst spreekt alleen over toestemmingsvereisten bij *rechtshandelingen*.

⁹ WPNR 5842 (1987), p. 499.

¹⁰ Strikwerda, Inleiding, nr. 149. In 1989 was hij in zijn conclusie voor het Jyske-bank-arrest nog van mening dat analoge toepassing van art. 11 EVO in dit geval te prefereren was boven de wat gekunstelde oplossing via art. 1:89 BW. Zie voorts Joppe, losbl. titel 1.6, aant. 16.

25.3.1 De te beschermen echtgenoot woont in Nederland

Krachtens art. 3 WCHb is dan art. 1:88 BW van toepassing. In de meeste gevallen van art. 1:88 zal de toestemming vereist zijn bij het aangaan van een overeenkomst, bijvoorbeeld bij de verkoop van de echtelijke woning of het aangaan van een borgtochtovereenkomst. Maar de gevallen sub a. kunnen blijkens de formulering van de wettekst ook andere rechtshandelingen betreffen, bijvoorbeeld de opzegging van de huurovereenkomst betreffende de echtelijke woning.

I. De handeling waarvoor toestemming is vereist, bestaat uit het sluiten van een overeenkomst

Art. 3 WCHb bepaalt dat art. 1:88 BW van toepassing is indien de niet-handelende echtgenoot in Nederland woont. Dat betekent dat in de genoemde gevallen deze echtgenoot bij het ontbreken van toestemming ook een beroep op de vernietigingsgrond van art. 1:89 BW zou moeten toekomen, maar in de praktijk kan de in Nederland wonende echtgenoot worden blij gemaakt met een dode mus: de werking van art. 1:88 BW moet worden afgemeten aan de mogelijkheden van de te beschermen echtgenoot bij ontbreken van de toestemming, en is daarmee afhankelijk van de vernietigingsmogelijkheid van art. 1:89 BW. Daarin schuilt meteen het venijn: de vernietiging bij rechtshandelingen anders dan om niet, bijvoorbeeld de verkoop van de televisie uit de echtelijke woning, kan niet plaatsvinden, indien de wederpartij te goeder trouw is.

Voor internrechtelijke constellaties wordt een onderzoeksplicht voor de derde aangenomen. Maar in de jurisprudentie ten aanzien van art. 1:88 sub c BW wordt deze in IPR-gevallen niet erg strikt gehanteerd. In IPR-verhoudingen mag het goede trouw-vereiste als volgt worden samengevat: indien de wederpartij in het buitenland niet op de hoogte was en niet behoefde te zijn van de Nederlandse toestemmingseis, dan is de wederpartij te goeder trouw in de zin van art. 1:89 BW en kan geen vernietiging plaatsvinden. Deze opvatting kan worden gebaseerd op de jurisprudentie inzake de internationale reikwijdte van art. 1:88 BW uit de tijd vóór de inwerkingtreding van de WCHb:¹¹ volgens de Hoge Raad in het Jyske Bank-arrest is de goede trouw van een buitenlandse bank aanwezig, wanneer de wet van de vestigingsplaats van de bank een dergelijke uitzonderlijke bepaling niet kent en de bank ook niet anderszins kennis had van het bestaan van deze bepaling.¹² Van de bescherming van de niet-handelende echtgenoot blijft in dit soort gevallen weinig over.

11 Hof Arnhem 21 april 1987, NJPR 1987 nr. 423; Hof Leeuwarden 23 november 1988, NJ 1990 269. Zie over deze materie Strikwerda, Inleiding, derde druk, nr. 149.

12 HR 13 januari 1989, NJ 1990 268 mnt. JCS. Zie ook Joppe, losbl. titel 1.6, aant. 15.

DE ROL VAN ART. 11 EVO BIJ HANDELINGSONBEVOEGDHEID VAN DE HANDELLENDE ECHTGENOOT EX ART. 1:88 BW BLIJFT BEPERKT TOT RECHTSHANDELINGEN OM NIET

Bij de genoemde uitleg van art. 1:88 j° 89 BW komen wij strikt genomen niet meer toe aan de vraag of art. 11 EVO nog een rol kan spelen. De *bescherming van de andere echtgenoot* hangt af van het al dan niet toekennen van een vernietigingsmogelijkheid. Voorziet het Nederlandse recht (aangewezen door art. 3 WCHb omdat de te beschermen echtgenoot in Nederland woont) in een concreet geval niet in een vernietigingsmogelijkheid dan is geen *bescherming van de wederpartij van de handelende echtgenoot* vereist omdat de rechtshandeling op grond van het Nederlandse recht niet aantastbaar is.

Mijns inziens kan art. 11 EVO van toegevoegde waarde zijn in situaties waar op grond van art. 1:89 BW de overeenkomst door de andere echtgenoot vernietigd kan worden zonder dat de derde daartegen beschermd wordt, wanneer deze zich op grond van art. 11 EVO wel daartegen kan verzetten. Dit is alleen het geval bij rechtshandelingen om niet, omdat dan ondanks de aanwezigheid van goede trouw bij de wederpartij de niet-handelende echtgenoot de rechtshandeling kan vernietigen, art. 1:89 lid 2 BW. Het feit dat de overeenkomst om niet is, geldt - anders dan bij art. 1:89 BW - niet als belemmering voor bescherming van de derde door art. 11 EVO.¹³ Dat betekent dat in een dergelijk geval de derde zich op grond van art. 11 EVO er met succes op kan beroepen dat hij niet op de hoogte was en behoefde te zijn van de toestemmingseisen uit een buitenlands rechtstelsel zodat de overeenkomst jegens hem geldig is.

Als voorbeeld moge het volgende dienen: een in Duitsland gevestigde charitatieve instelling ontvangt een zeer grote gift ter gelegenheid van de tiende verjaardag van de oprichting van die instelling. Nemen wij aan dat de in Nederland wonende echtgenote van de gulle schenker het niet eens is met deze schenking, dan zou de vrouw de schenking met een beroep op art. 1:89 BW kunnen vernietigen. De instelling zou zich hiertegen kunnen verweren met een beroep op art. 11 EVO, ervan uitgaande dat zij te goeder trouw is.¹⁴

In dit geval maakt het derhalve wel verschil of men art. 11 EVO ook op de vraag van handelingsonbevoegdheid van toepassing acht, of dat men de derde alleen de internrechtelijke bescherming van het toepasselijke recht - voorzover aanwezig - laat genieten, zoals Strikwerda lijkt te doen. Zou de instelling

13 Zie ook de vertaling van het Rapport Giuliano en Lagarde bij het EVO met betrekking tot art. 11 EVO, waar deze eis niet is genoemd, Struycken, losbl. aant. 5.

14 Wellicht zou in dit geval de eis van de goede trouw een struikelblok kunnen zijn. Indien de instelling weet dat de schenker en zijn vrouw in (de Nederlandse) gemeenschap van goederen zijn gehuwd, dan zouden zij wellicht rekening moeten houden met een toestemmingseis omdat deze voor echtgenoten die in de Duitse gemeenschap van goederen zijn gehuwd, ook geldt. Volgens dat recht zijn beide echtgenoten immers bestuursbevoegd, waardoor de schenking zonder medeweten van de vrouw niet mogelijk is, of is een van beiden Einzelverwalter. Ook in dat geval stelt het Duitse recht een toestemmingseis ten aanzien van schenkingen van gemeenschapsgoederen, § 1425 BGB.

louter een beroep op de uitzonderingsregel van art. 1:89 BW toekomen dan zou zij vernietiging niet kunnen tegenhouden. Ex lid 2 is vernietiging immers ook mogelijk jegens een wederpartij te goeder trouw indien het een rechtshandeling niet om baat betreft.

Samenvattend kunnen wij opmerken dat bij toepasselijkheid van art. 1:88/89 BW de derde in het buitenland volgens de ruime interpretatieregels van het begrip 'goede trouw' uit het Jyske Bank-arrest¹⁵ beschermd wordt en de vernietiging door de andere echtgenoot in die gevallen bij rechtshandelingen om baat om die reden wordt geblokkeerd. In de meeste gevallen zal derhalve de buitenlandse derde, te goeder trouw zijnde, niet met een vernietiging van de rechtshandeling worden geconfronteerd. In gevallen waarin het een overeenkomst om niet betreft kan de wederpartij zich louter beroepen op de werking van art. 11 EVO. Slechts dan is deze bescherming van de wederpartij nodig omdat in de gevallen waarin vernietiging ex art. 1:89 BW niet mogelijk is, geen beschermingsnoodzaak voor de derde bestaat.

II. De rechtshandeling, waarvoor toestemming moet worden gegeven, betreft niet het sluiten van een overeenkomst

Komen internationale rechtshandelingen voor die wel vallen onder het toestemmingsvereiste van art. 1:88 BW maar geen overeenkomst naar Nederlands intern recht zijn? Dit kan zich theoretisch alleen voordoen bij art. 1:88 lid 1 sub a BW. Alleen deze bepaling spreekt over rechtshandelingen in het algemeen; de overige gevallen waarin dit artikel toestemming vereist, betreffen overeenkomsten. Een voorbeeld van een rechtshandeling die niet het aangaan van een overeenkomst betreft, is het opzeggen van de huur van de echtelijke woning, hetgeen in het Nederlandse recht een eenzijdige rechtshandeling is.¹⁶

In Nederland valt een dergelijke rechtshandeling niet in de internrechtelijke categorie der overeenkomsten, maar in het IPR behoort dit wel tot het overeenkomstenrecht. Het EVO is derhalve van toepassing als het gaat om bijvoorbeeld de beëindiging van een verbintenis uit een huurovereenkomst. Dat dit naar Nederlands intern recht een eenzijdige rechtshandeling is, is voor de toepasselijkheid van het EVO niet beslissend.

Er zijn ook rechtshandelingen die onder art. 1:88 lid 1 sub a BW vallen, maar niet onder het EVO: een echtgenoot bepaalt in een testament dat de eigendom van de echtelijke woning wordt vererfd of door levering tengevolge van een legaat moet overgaan op zijn maîtresse of zijn kind. In dat geval, meen ik met Huijgen¹⁷ dat de langstlevende via vernietiging ex art. 1:89 BW dat deel van de testamentaire beschikking kan vernietigen dat ertoe leidt dat

15 HR 13 januari 1989, NJ 1990 268 mnt. JCS (Jyske Bank).

16 T&C (Van Duijvendijk-Brand), aant. 3 bij art. 1:88 BW.

17 Huijgen/Reinhartz, WPNR 6208 (1996).

hij zijn gebruiksrecht van de echtelijke woning verliest. Het is duidelijk dat deze toestemming ligt op terreinen waarop het EVO niet toepasselijk is. In dit verband is alleen art. 1:89 BW van toepassing en kan de erfgenaam/legataris zich niet tegen de aantasting van de testamentaire beschikking verweren met een beroep op het EVO.

WERKT ART. 3 WCHb NAAR BEHOREN IN GEVALLEN DAT DE TE BESCHERMEN ECHTGENOOT IN NEDERLAND WOONT?

Het lijkt mij niet mogelijk om algemeen te oordelen of art. 3 WCHb goed werkt, omdat de uitkomst van deze beoordeling ervan afhangt waar de wederpartij van de handelende echtgenoot woont en waar de rechtshandeling tot stand is gekomen, aangezien van het samenspel van deze factoren afhankelijk is in hoeverre de te beschermen echtgenoot daadwerkelijk bescherming kan genieten.

Men kan stellen dat art. 3 WCHb j° 1:88/89 BW goed werkt als de te beschermen echtgenoot en de wederpartij in Nederland wonen dan wel hier gevestigd zijn. In dat geval zal een koper van een huis (dan wel de notaris), de bank die de borgtocht verlangt, of de verkoper op afbetaling op de hoogte zijn van deze regeling. Het gevolg daarvan is dat de andere echtgenoot de gewraakte rechtshandeling kan vernietigen.

De gekozen methode, afkoppeling van de hoofdregel van de persoonlijke huwelijksgevolgen en onderbrenging in een aparte aanknopingscategorie, heeft als voordeel dat bij alle in Nederland wonende echtparen de Nederlandse toestemmingsregeling van toepassing is als de rechtshandeling ook in Nederland wordt verricht, hetgeen bij het merendeel van de transacties het geval is. Bij een hier te lande wonend echtpaar met gemeenschappelijke buitenlandse nationaliteit is het eenvoudiger om met de Nederlandse vereisten te werken dan aan te knopen bij de eventuele toestemmingsvereisten van hun gemeenschappelijke nationale recht.¹⁸ In ieder geval wordt dan aan de Nederlandse beschermingsgedachte uitdrukking gegeven. Dit op Nederland gefixeerde argument zal in een internationale context minder indruk maken omdat elk land zijn eigen strategie zal volgen.

Voor gevallen dat de te beschermen echtgenoot in Nederland woont maar de overeenkomst in het buitenland wordt aangegaan, slaat de weegschaal duidelijk door in het nadeel van de te beschermen echtgenoot. In vele gevallen zal immers een vernietigingsactie niet slagen omdat niet aan de vereisten van art. 1:89 BW zal zijn voldaan, uitgaande van het uitgerekte goede trouwvereiste uit het Jyske Bank-arrest. Daarnaast kan de positie van de te beschermen echtgenoot ook verslechteren door een geslaagd beroep van de wederpartij op art. 11 EVO, ook al zou een beroep op grond van art. 1:89 BW mogelijk zijn.

¹⁸ Dit voordeel noemt de Minister ook in de Nadere Memorie van Antwoord, Kamerstukken I, 21 328, nr. 210, p. 4.

Tot slot kan men zich afvragen of het gewenst is dat de Nederlandse wetgeving bepalingen bevat die niet in alle gevallen de bescherming geven die zij aan de andere echtgenoot voorspiegelen. Het lijkt mij beter om geen bepalingen in de wet op te nemen die een in het buitenland tot stand gekomen rechtsverhouding pretenderen te regelen, waarbij geen enkele aanknopingspunt van de contractspartijen zelf of van het onderwerp van de rechtshandeling met Nederland bestaat. Enkele aanknopingspunt via de echtgenoot van een contractspartij lijkt mij geen voldoende band met Nederland op te leveren.

Een laatste opmerking betreft de werking van art. 11 EVO in dit kader. Het zou zijn geweest wanneer de wetgever expliciet in de tekst van in het artikel had aangegeven, dat in bepaalde gevallen een wederpartij een beroep op art. 11 EVO toekomt, indien een beroep op art. 1:89 BW in IPR-constellaties niet mogelijk is. Dit zou meer duidelijkheid hebben geschapen voor praktijkjuristen die met deze bepalingen moeten werken, aangezien dan direct duidelijk zou worden dat het beroep van de in Nederland wonende niet-handelende echtgenoot op art. 1:88 BW in IPR-gevallen veel minder vanzelfsprekend is dan in een Nederlandse internrechtelijke casus.

25.3.2 De te beschermen echtgenoot woont in Duitsland

In deze situatie is volgens art. 3 WCHb niet art. 1:88, maar het Duitse equivalent van art. 1:88 BW toepasselijk. Het probleem daarbij is dat, zoals reeds in hoofdstuk 13 aan de orde is geweest, de rechtshandelingen waarvoor de Duitse toestemmingsvereisten gelden, afhankelijk zijn van het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten. Noodgedwongen zullen wij ons in beginsel moeten aansluiten bij de kwalificatie van het Duitse IPR, omdat niet eensluidend is vast te stellen, welk van de toestemmingsvereisten geldt, als men geen acht slaat op het toepasselijke huwelijksgoederenregime.

Als de echtgenoten zijn gehuwd naar Duits huwelijksvermogensrecht, is de oplossing eenvoudig: pas de regels toe zoals het Duitse interne recht dit zou doen. Hier is te verdedigen dat wij ons aansluiten bij de Duitse selectie van toestemmingseisen, d.w.z. die welke volgens het Duitse recht bij het huwelijksgoederenregime horen, dat voor het echtpaar in kwestie geldt. Zijn echtgenoten daarentegen bijvoorbeeld naar Nederlands huwelijksgoederenrecht gehuwd of hebben de echtgenoten, die overigens naar Duits huwelijksvermogensrecht zijn gehuwd, ten aanzien van een in Nederland gelegen onroerende zaak een rechtskeuze voor Nederlands huwelijksvermogensrecht uitgebracht,¹⁹ dan is de puzzel niet goed op te lossen.²⁰ Men een simpele verwijzing van art. 3 WCHb naar de beschermingsbepalingen uit het woonlandrecht van de beschermen echtgenoot is niet eenduidig vast te stellen, welke bepa-

19 Zie hierover onderdeel 17.1.2 e.v. Tomlow, WPNR 5890 (1988), doet dat wel erg kort af.

20 Hoe dit is te rijmen met de 'nagestreefde eenvoud van de regel' zoals de Minister schreef in de MvA II, p. 5, is mij niet geheel duidelijk.

lingen toepasselijk zijn. Geen probleem rijst indien de echtgenoten zijn gehuwd in een stelsel van koude uitsluiting, dat men gelijk kan stellen met de Duitse koude uitsluiting.²¹ In dat geval gelden geen beschermingsbepalingen, omdat het Duitse recht deze in dat geval niet kent.

Verdere analogieën lijken mij echter problematisch: uitsluiting van gemeenschap met verrekenbeding lijkt mij niet dicht genoeg bij de Zugewinnngemeinschaft te liggen, om zonder meer de daarbij behorende toestemmingseisen over te nemen, mede gezien de verschillende varianten die in het Nederlandse huwelijksvermogensrecht mogelijk zijn ten aanzien van de tijdstippen van verrekening, vervalbedingen en de eventuele analoge toepasselijkheid van enkele bepalingen van het wettelijk deelgenootschap, zoals de Hoge Raad recentelijk heeft uitgemaakt.²² Ook de Nederlandse wettelijke gemeenschap ligt qua bestuursregeling te ver van de Duitse gemeenschap af om van een analoge toepasselijkheid van de Duitse toestemmingsvereisten uit te gaan, dunkt mij.

Er is een aantal opties denkbaar om uit deze pat-stelling te komen. Een mogelijkheid is om hier gedeeltelijk renvoi aan te nemen, analoog aan het Duitse recht. In dat geval zou men aannemen dat de toestemmingsvereisten gelden die horen bij het huwelijksvermogensrecht van de echtgenoten. In ons geval zou dat leiden tot toepasselijkheid van art. 1:88 BW, ook al woont de te beschermen echtgenoot in Duitsland. Het voordeel van deze zienswijze is dat de toestemmingsvereisten en het toepasselijke huwelijksvermogensregime altijd uit hetzelfde rechtstelsel afkomstig zijn. Een nadeel van deze benaderingswijze is dat men twee basale uitgangspunten moet verlaten: a) dat het huwelijksgevolgenrecht niet wordt aangeknoopt aan het huwelijksvermogensrecht, en b) dat men geen renvoi op dit terrein aanneemt. Op het eerste bezwaar kan ik niets afdingen. Dit is een keuze van het Nederlandse IPR, voortbouwend op de scherpe scheiding in het interne recht in enerzijds titel 1.6 en anderzijds de titels 1.7-1.8, die deels haar wortels in het verleden heeft.²³ Met betrekking tot het tweede is op te merken dat hier geen renvoi wordt aangenomen in die zin dat men zich iets aantrekt van het IPR-huwelijksgevolgenrecht van de woonplaats van de te beschermen echtgenoot, maar wordt uitgegaan van een vaste aanknoping aan het toepasselijke huwelijksvermogensrecht. Toegegeven moet worden dat dan in indirecte zin aan de echtgenoten een keuzerecht met betrekking tot het toepasselijke recht op de toestemmings-

21 Naar Duits recht geldt dan geen enkele bescherming voor de niet-handelende echtgenoot.

22 HR 7 april 1995, NJ 1996 486 mnt. WMK, met scherpe kritiek van Soons en Luijten in JBN 1995, nrs. 51 en 52; HR 31 mei 1996, NJ 1996 680 mnt. WMK; HR 28 maart 1997, RvdW 1997 83, met bespreking van Soons, JBN 1997, nr. 57.

23 Strikwerda, Inleiding, 3e druk, nr 149; M.V. Polak, WPNR 5890 (1988), p. 578; zie voor een verder verleden Kusters, p. 429: "Bij de bespreking der gevolgen van het huwelijk dient een onderscheid gemaakt tussen de persoonlijke rechten en plichten der echtgenooten enerzijds en het huwelijksvermogensrecht anderzijds, hoezeer ook op enkele punten de samenhang tussen beide zóó nauw is, dat de twee groepen van rechtsregelen in elkander overgaan."

vereisten zou worden toegestaan: indien het toepasselijke huwelijksvermogensrecht door een rechtskeuze wordt bepaald, dan werkt deze keuze door in het huwelijksgevolgenrecht.²⁴

ALTERNATIEF POLAK: TOEPASSELIJKHEID VAN TOESTEMMINGSVEREISTEN BIJ ONROERENDE ZAAK-TRANSACTIES IS AFHANKELIJK VAN DE LEX REI SITAE Biedt de door M.V. Polak voorgestelde oplossing een uitweg uit de patstelling? Hij stelt voor om de toepasselijkheid van art. 1:88 lid 1 sub a BW te beperken tot *onroerende zaken* die in Nederland liggen, en de buitenlandse *lex rei sitae* op buitenlandse onroerende zaken toe te passen.²⁵ Een consequentie daarvan is dat een in Nederland wonende echtgenoot wiens echtgenoot in Duitsland een onroerend goed aanschaft, ineens wordt beschermd door een van de Duitse beschermingsbepalingen, die in hoofdstuk 13 zijn uitgewerkt. Zoals reeds hierboven opgemerkt, is dit geen gelukkige oplossing vanwege de koppeling van bepaalde toestemmingseisen aan concrete huwelijksgoederenregimes in het Duitse IPR.

Een ander aspect heeft Polak niet genoemd: voor buitenlandse onroerende zaken hoeft de Nederlandse wetgever in de meeste gevallen geen regeling te geven omdat de Nederlandse rechter zich niet over deze zaken mag buigen. Afgezien van de verhuur van de echtelijke vakantiewoning in het kader van art. 16 lid 1 sub b EEX waarover de Nederlandse rechter in uitzonderingsgevallen wel kan oordelen, zal deze in de regel steeds onbevoegd zijn door de werking van het EEX. Slechts bij onroerende zaken buiten de EU kan de Nederlandse rechter worden gediëerd maar ook dan zal hij zich doorgaans onbevoegd verklaren op grond van art. 126 lid 8 BRv in de daar genoemde gevallen.

Voor toestemmingsperikelen ten aanzien van de inboedel van deze echtelijke woning geeft deze regel overigens geen sluitende regel: of toestemming is vereist hangt bij toepassing van de *lex rei sitae* ook voor deze soort rechtshandelingen af van de plaats waar zich het goed op dat moment bevindt. In de meeste gevallen zal dit zijn ter plaatse van de echtelijke woning zelf, maar de vraag is of men aan een tijdelijke verplaatsing van een inboedelzaak uit de echtelijke woning naar elders meteen consequenties moet verbinden voor de aanknoping van het door art. 3 WCHb genoemde recht. Voor derden is dit nauwelijks bij te houden; voor de andere echtgenoot leidt dit tot grote onzekerheid indien men aan deze aanknoping aan de *lex rei sitae* ook voor roerende inboedelgoederen zou vasthouden. Bij een definitieve verplaatsing van het goed is het immers geen inboedelgoed van de echtelijke woning meer en

24 In dit voorbeeld zou dat kunnen leiden tot het accepteren van een rechtskeuze op het terrein van het huwelijksgevolgenrecht ex art. 14 EGBGB, of een deelkeuze met betrekking tot onroerende zaken zoals het Verdrag 1978 deze kent.

25 WPNR 5890 (1988) met verdere verwijzingen naar de Franse jurisprudentie en doctrine. Zie ook Tomlow, WPNR 5890 (1988) die ook schrijft over art. 1:88 in het kader van toestemming bij rechtshandelingen betreffende onroerende zaken.

vervalt de toestemmingseis.²⁶

Voor de standaardgevallen werkt deze regel van Polak wel: in de meeste huishoudens zal de inboedel zich bevinden ter plaatse van de echtelijke woning, waardoor bescherming van de niet-handelende echtgenoot gewaarborgd is in het geval van art. 1:88 lid 1 sub a ten aanzien van zaken uit de echtelijke woning.

Voor de andere onderdelen van art. 1:88 lid 1 BW is deze oplossing niet bedoeld. Daarvoor stelde hij voor de Nederlandse bepalingen toepasselijk te verklaren voor gevallen waarbij tenminste de niet-handelende echtgenoot in Nederland woont, ongeacht van de *lex contractus*, waarbij hij gevallen waarbij de niet-handelende echtgenoot buiten Nederland woont, buiten de regeling hield.²⁷

25.4 Gevolgen van verandering van woonplaats van de te beschermen echtgenoot

Aangezien ook hier de aanknoping variabel is en het toepasselijk recht afhankelijk is van de woonplaats ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling, aldus art. 3 WCHb, kan de situatie optreden dat bij de verkoop van de echtelijke woning de te beschermen echtgenoot in Nederland woont, maar ten tijde van de levering in Duitsland, of andersom. Als in dat geval na de overgang ineens het Duitse recht toepasselijk is, kan bijvoorbeeld § 1365 BGB toestemming vereisen bij de *Verfügung* over het belangrijkste vermogensbestanddeel van de handelende echtgenoot. Dit geldt ook voor de levering van een beloofd goed waarbij de woonplaats van de niet-handelende echtgenoot ten tijde van het sluiten van de obligatoire overeenkomst een andere was.

OVERGANG VAN DUIJS NAAR NEDERLANDS RECHT

Als het gaat om gevallen waarin ten gevolge van het recht van de eerdere woonplaats geen toestemming was vereist, maar na de verhuizing op grond van art. 1:88 BW wel toestemming zou zijn vereist voor de uitvoering van het contract, is deze niet noodzakelijk op grond van de leer van de 'voortbouwende' rechtshandeling in het tweede lid van art. 1:88 BW. Deze is in onderdeel 12.1 al uitgewerkt: als de handelende echtgenoot tot het verrichten van de voortbouwende rechtshandeling is verplicht op grond van een niet-toestem-

26 Wellicht zou men daarbij ook nog moeten onderscheiden naar gevallen a) waarin de verplaatsing tegen de wil van de andere echtgenoot heeft plaatsgevonden, waarbij toestemming wellicht langer vereist zou blijven bij bepaalde rechtshandelingen met betrekking tot het desbetreffende goed omdat anders door de enkele verwijdering van het goed uit de echtelijke woning reeds de toestemming niet meer nodig zou worden voor een beschikkingsdaad over het goed; en b) waarin de echtgenoot geen bezwaar heeft tegen het verwijderen van het goed uit de echtelijke woning, waarna het goed zonder toestemming van de andere echtgenoot vervreemd zou kunnen worden.

27 WPNR 5890 (1988), p. 580.

mingsgebonden eerdere rechtshandeling, dan is ook de voortbouwende rechtshandeling niet aan de toestemmingseis onderworpen. Deze regel uit het interne recht is geschreven met het oog op de wijziging van de vereisten op grond van een huwelijkssluiting, maar lijkt mij ook toepasbaar in IPR-gevallen.

Is eerst wel toestemming vereist krachtens een buitenlands recht en na verhuizing op grond van het dan toepasselijk geworden art. 1:88 BW niet, dan lijkt mij ook hier aansluiting bij de theorie uit het interne recht voor de hand te liggen: als de bescherming van de echtgenoot in de obligatoire fase wel toestemming noodzakelijk maakte dan blijft deze eis staan, analoog aan art. 1:89 lid 3 BW.²⁸

OVERGANG VAN NEDERLANDS NAAR DUIJS RECHT

Voor de situatie, dat eerst de toestemmingsvereisten werden beheerst door het Nederlandse recht, en daarna door het Duitse, geldt mijns inziens de oplossing van het Duitse recht, zie onderdeel 13.1.1: zijn eerst geen toestemmings-eisen van kracht op grond van art. 1:88 BW en wordt na verhuizing een Duitse toestemmingseis van kracht, dan kan de rechtsverhouding zonder toestemming worden afgewikkeld. Is daarentegen de situatie omgekeerd, is eerst wel een toestemmingseis gesteld die niet terugkomt in het nadien toepasselijke recht, dan is in het Duitse interne recht niet geheel duidelijk of de voortbouwende rechtshandeling geldig kan plaatsvinden zonder dat toestemming is verleend. Deze vraag kan dan ook voor het IPR-geval niet eenduidig beantwoord worden.

Het lijkt mij voor dit geval niet voor de hand liggend om de overgangsregel van art. 1:89 lid 3 BW te hanteren omdat na de overgang het Nederlandse materiële recht in het algemeen niet meer geldt. Daarmee lijkt mij niet te rijmen als nog wel gelding van de Nederlandse overgangsregels zou worden aangenomen.

25.5 Een mogelijk alternatief voor art. 3 WCHb

Een alternatief dat wetwijziging nodig zou maken, bestaat hieruit

- a. dat de Nederlandse wetgever de werkingssomvang van art. 1:88 BW beperkt tot gevallen waarin de te beschermen echtgenoot *in Nederland woont*, los van het toepasselijke huwelijksvermogensrecht.
- b. Voor gevallen waarin de niet-handelende echtgenoot *in het buitenland woont*, zou men mijns inziens aan het huwelijksvermogensregime moeten aanknopen, ongeacht om welk soort transactie of welk soort goed het gaat.

²⁸ In dit artikellid staat dat een verkregen recht op vernietiging tijdens huwelijk niet eindigt door beëindiging van het huwelijk of bij scheiding van tafel en bed. Zie ook Huijgen/Reinhartz, WPNR 6208 (1996).

Met dit voorstel zou men enerzijds het bezwaar wegnemen dat in Nederland wonende echtgenoten met een buitenlands huwelijksvermogensregime de bescherming van art. 1:88 BW niet deelachtig zouden worden, hetgeen bij een algemene aanknopng aan het huwelijksgoederenregime zou dreigen. In mijn voorstel is in ieder geval de bescherming van de in Nederland wonende echtgenoot gegeven.

Anderzijds zou voor in het buitenland wonende echtgenoten geen problemen optreden: hebben echtgenoten een het huwelijksvermogensrecht van het woonland van de te beschermen echtgenoot, dan is dat recht ook op de bescherming toepasselijk. Hebben zij ander huwelijksvermogensregime van een derde land dan gelden de toestemmingseisen uit dat recht, ongeacht de vraag of deze aan het toepasselijke huwelijksvermogensregime zijn gekoppeld of niet. In mijn voorstel hebben wij geen last van de kwalificatieperikelen uit het woonlandrecht van de te beschermen echtgenoot.

Bij een in het buitenland wonende echtgenoot zou bij toepasselijkheid van Duits huwelijksvermogensrecht wel worden gekeken welke toestemmingsvereisten horen bij het concrete stelsel dat i.c. geldt omdat het Duitse interne recht dit onderscheid maakt, maar men hoeft dan geen rekening te houden met het feit dat het Duitse IPR bepaalde huwelijksgevolgen als huwelijksgevolgenrechtelijk voor het IPR kwalificeert, en andere schaart onder de IPR-aanknopng voor het huwelijksvermogensrecht. Betreft het een Nederlands echtpaar dan is art. 1:88 toepasselijk indien het Nederlandse recht hun huwelijksgoederenregime beheerst.

Deze oplossing heeft als voordeel dat zij altijd toepasbaar is, ongeacht het soort rechtshandeling waarvoor de toestemming is vereist. Ook bij rechtshandelingen die geen betrekking hebben op (zaken uit) de echtelijke woning geeft deze regel een duidelijk aanknopingspunt. Het onderscheid tussen de aanknopng van de toestemmingsvereisten tussen echtgenoten die in Nederland wonen (altijd art. 1:88 BW van toepassing) en anderen (het huwelijksgoederenregime bepaalt het toepasselijk recht op de toestemmingsvereisten) heeft als voordeel dat de bescherming van in Nederland wonende echtgenoten is verzekerd, terwijl voor in het buitenland wonende echtgenoten een duidelijke regel wordt gegeven die mijns inziens geen problemen inzake 'Normenhäufung' of 'Normenmangel' kan opleveren.

Daar komt nog bij dat deze regel voor derden duidelijk is. Voor in Nederland wonende echtgenoten hoeft nooit nader onderzoek verricht te worden naar het toepasselijke huwelijksgoederenrecht. Ingewikkelder wordt het, dat geef ik toe, als de te beschermen echtgenoot in Nederland woont, maar de rechtshandeling in het buitenland tot stand komt, maar de reeds beschreven uitwerking van art. 1:89 BW zal de derde te goeder trouw in dat geval zelden voor onverwachte vernietigingen plaatsen.

Bij in het buitenland wonende echtgenoten hangt de positie van de derde mede af van de vraag of dit land een huwelijksgoederenregister kent. Is dat

het geval dan wordt de derde op de hoogte geacht te zijn van het toepasselijke huwelijksgoederenrecht en kan men daaruit ook een (wellicht verlichte)²⁹ onderzoeksplicht voor het huwelijksgevolgenrecht afleiden.

Waarom niet gekozen voor een algemene aanknoping aan de hoofdregel van het huwelijksgevolgenrecht voor gevallen dat de te beschermen echtgenoot in het buitenland woont? In het geval dat beide echtgenoten dezelfde nationaliteit hebben of bij gebreke daarvan in hetzelfde land hun gewone verblijfplaats hebben, zal de algemene regel van art. 1 WCHb een duidelijke regel geven. Vaak zal dit overigens al overeenstemmen met het recht dat wordt aangewezen door de huwelijksvermogensconflictregel van het woonland. In dat geval zou er geen verschil optreden. Eventueel zou bij een woonland in een land dat het woonlandbeginsel in het huwelijksvermogensrecht hanteert, een discrepantie kunnen optreden ten aanzien van echtparen, die zowel een gemeenschappelijke nationaliteit alsook een gemeenschappelijk woonland hebben.

In andere gevallen, waarin deze twee aanknopingspunten bij de echtgenoten niet tot resultaat leiden, zou toepassing van art. 1 WCHb leiden tot een moeilijke zoektocht naar het recht van de nauwste verbondenheid, die in de tussentijd veel vragen oproept. Dit lijkt mij niet in overeenstemming met de rechtszekerheid die bij dit soort beschermingsmaatregelen wel wenselijk is. Het voordeel van mijn regel ligt hierin, dat men bij dit soort echtgenoten zonder gemeenschappelijke nationaliteit of woonland, die het wijze besluit hebben genomen om een rechtskeuze uit te brengen ten aanzien van hun huwelijksvermogensrecht, ook voor deze beschermingsbepalingen kan aansluiten bij het gekozen recht. Rechtszekerheid is dan weer gegeven.

29 Indien het desbetreffende land ook een regeling heeft die in de richting komt van het toestemmingsvereiste dat in een concreet geval aan de orde is, dan zou ik willen bepleiten dat de derde bij inschrijving van het buitenlandse regime niet te goeder trouw is ten aanzien van het toestemmingsvereiste. Is dit vereiste geheel onbekend in het woonland van de wederpartij waar de rechtshandeling tot stand komt, dan ligt dit minder voor de hand.

Toestemmingsvereisten van de andere echtgenoot naar Duits IPR

26.1 Kwalificatie van de toestemmingsvereisten

In het Duitse IPR wordt voor de kwalificatie onderscheid gemaakt naar de inhoud van de toestemmingsregel, zoals reeds in onderdeel 18.4 werd opgemerkt. Is de regel algemeen geformuleerd dan wordt zij gekwalificeerd als persoonlijk huwelijksgevolg (*allgemeine Ehewirkung*). Is daarentegen de werking van de eis afhankelijk gesteld van het huwelijksgoederenregime dat tussen de echtgenoten geldt, dan is het een tot het huwelijksgoederenrecht behorende regel. Een voorbeeld van het laatste soort vormen de toestemmingseisen uit het Duitse recht aangezien zij niet gelden voor de *Gütertrennung* en de toestemmingseisen voor de *Zugewinnngemeinschaft* afwijken van die voor de *Gütergemeinschaft*.

BGH-KWALIFICATIE VAN DE TOESTEMMINGSEIS BIJ BORGTOCHT ACHTERHAALD

In het onderstaande zal worden behandeld in welke gevallen de derde wordt geconfronteerd met de Duitse dan wel met de Nederlandse toestemmingsvereisten, zulks bezien vanuit de visie van het Duitse IPR.

In een hevig bekritiseerde uitspraak¹ was het BGH in 1976 van mening dat de rechtskeuze in een borgtochtovereenkomst voor Duits recht geldig was en dat ook de vraag of er toestemming van de andere echtgenoot noodzakelijk was voor de borgtocht, onder het Duitse recht viel. Aangezien dit recht geen toestemmingseis voor het aangaan van borgtochten kent, was de borgtocht geldig.

De kritiek van de annotatoren en anderen² richtte zich niet zozeer tegen de uitkomst (uit de stukken was af te leiden dat de vernietiging ex art. 1:89 BW niet meer mogelijk was), maar op het feit dat de rechter geen onderscheid maakte tussen het contractstatuut dat door de rechtskeuze werd beheerst, en de vraag naar de toestemming die apart aan het huwelijksgevolgenrecht had moeten worden aangeknoopt.

¹ BGH 15 november 1976, NJW 1977, p. 1011, JZ 1977, p. 438 met zeer kritische annotaties van Kühne in JZ, en van Jochem in de NJW; zie ook Kegel, IPR, p. 534.

² Bijvoorbeeld Von Bar, IPR II, Randnr. 189, noot 415.

Gezien het feit dat deze uitspraak in de literatuur geen navolging heeft gekregen en het BGH helaas daarna geen gelegenheid heeft gekregen om deze uitspraak te bevestigen of te wijzigen,³ ga ik in het vervolg niet van de in dit arrest neergelegde leer uit maar sla ik de in de literatuur verdedigde weg in: de toestemmingseis wordt beheerst door de huwelijksgevolgenwet.

Het is dan in Nederlands-Duitse situaties mogelijk dat verschillende combinaties optreden tussen huwelijksvermogens- en huwelijksgevolgenrechtstelsels. Aangezien het naar Duits IPR een verschil maakt, naar welk huwelijksgoederenrecht de echtgenoten zijn gehuwd, zal ik bij de bespreking van de verschillende constellaties die zich bij de mogelijke combinaties van huwelijksvermogensregimes, woonplaatsen en huwelijksgevolgenrechtstelsels kunnen voordoen, een grove indeling maken naar het huwelijksgoederenrecht waarin partijen zijn gehuwd. Ik zal hierbij beginnen met echtparen voor wie naar het Duitse IPR het Duitse huwelijksvermogensrecht geldt.

26.2 De positie van derden bij echtgenoten met Duitse huwelijksgoederenrecht

Bij echtgenoten voor wie het Duitse huwelijksgoederenrecht geldt, is daarmee het toepasselijke recht op het huwelijksgevolgenrecht nog niet bepaald. In dit onderdeel zal het vraagstuk van de toestemmingsvereisten worden behandeld, al naar gelang voor de echtgenoten het Duitse dan wel het Nederlandse huwelijksgevolgenrecht geldt.

Of derden bepalingen uit het toepasselijke huwelijksgevolgenrecht tegen zich moeten laten werken hangt, naast de inhoud van de toepasselijke intern-rechtelijke bepalingen, mede daarvan af of zij door art. 16 EGBGB worden beschermd. Anders dan in het IPR-huwelijksgoederenrecht waar art. 16 lid 1 EGBGB een 'conflictregel' geeft voor de werkingsomvang van § 1412 BGB,⁴ heeft het Duitse IPR geen algemene derdenbeschermingsbepaling voor derden die met echtgenoten met buitenlands huwelijksgevolgenrecht worden geconfronteerd.

26.2.1 Voor hen geldt ook Duits huwelijksgevolgenrecht

Indien voor de echtgenoten naast het Duitse huwelijksvermogensrecht ook

3 De in IPRax 1987, p. 47 door Hanisch besproken uitspraak over een buitenlandse borgtocht stamt van de Zwitserse rechter; BG 14 december 1984, IPRax 1987, p. 34.

4 Deze bepaling geeft aan dat derden te goeder trouw zijn bij niet-inschrijving van een afwijkend regime in het huwelijksgoederenregister van de gelding van de Zugewinnngemeinschaft mogen uitgaan.

het Duitse huwelijksgevolgenrecht geldt⁵ is de zaak eenvoudig: al naar gelang het geldende regime, zal een echtgenoot toestemming moeten hebben van zijn partner voor bepaalde rechtshandelingen: geldt voor hen de Zugewinn-gemeinschaft, dan moet hij toestemming hebben bij vervreemding van een groot deel van zijn vermogen, § 1365 BGB (Gesamtvermögensgeschäft), en bij vervreemding van inboedelgoederen van de echtelijke woning, § 1369 BGB. Zijn zij daarentegen in Gütergemeinschaft met Einzelverwaltung ge-huwd, dan moet hij bijvoorbeeld toestemming hebben voor elke verkoop en vervreemding van een onroerende zaak, § 1424 BGB, ongeacht de waarde van de zaak in verhouding tot de rest van het vermogen der echtgenoten, zie hoofdstuk 14.

a. De transactie vindt in Duitsland plaats

Vindt de transactie in Duitsland plaats, dan bevindt de derde zich in dezelfde positie als in een zuiver internrechtelijk geval, ongeacht de (buitenlandse) woonplaats van (een van) de echtgenoten. Hij heeft te maken met de toestem-mingsvereisten die horen bij het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten, waarbij hij eventueel beschermd wordt ex art. 16 lid 1 EGBGB j° § 1412 BGB bij een van de Zugewinn-gemeinschaft afwijkend stelsel indien de echt-genoten het niet in het Güterrechtsregister hebben ingeschreven.

b. De rechtshandeling is in het buitenland verricht

Het bovenstaande geldt ook wanneer de transactie in het buitenland is gesloten.⁶ Indien het Gesamtvermögensgeschäft in Nederland is gesloten,⁷ bijvoorbeeld de verkoop van een grote effectenportefeuille die het leeuwendeel van het vermogen van de echtgenoot uitmaakt, kan de andere echtgenoot zich dan met succes op ontbrekende toestemming ex § 1365 BGB beroepen? Gezien de vereisten die hiervoor in het Duitse recht worden aangenomen⁸ lijkt het mij waarschijnlijk dat de derde onvoldoende kennis heeft van alle gegevens om de niet-handelende echtgenoot een beroep op § 1366 BGB toe te staan. De derde moet immers op de hoogte zijn van het feit dat de handelende echtgenoot in de Duitse Zugewinn-gemeinschaft is gehuwd en dat de trans-actie het karakter van een Gesamtvermögensgeschäft heeft. Het feit dat ie-mand naar een bepaald regime is gehuwd kan wellicht bekend worden verondersteld door een inschrijving in het Nederlandse huwelijksgoederenre-

5 Dit kan bijvoorbeeld worden veroorzaakt door een voorhuwelijkske algemene keuze voor het Duitse recht voor beide rechtsgebieden ex art. 14 EGBGB die ook doorwerkt voor het huwelijksgoederen-recht.

6 MünchKomm (Siehr), Randnr. 13 bij art. 16 EGBGB met verdere verwijzingen. Art. 16 lid 1 EGBGB stelt (anders dan lid 2) niet als vereiste dat de rechtshandeling in Duitsland moet zijn verricht.

7 Nemen wij hierbij tevens aan dat het geen onroerendgoedtransactie betreft waardoor dwingende bevoegdheid van de Nederlandse rechter zou worden aangenomen ex art. 16 EEX.

8 Deze worden behandeld in onderdeel 13.1.1.

gister, maar in beginsel gaat art. 16 lid 1 EGBGB door de verwijzing naar § 1412 BGB uit van inschrijving in het Duitse Güterrechtsregister. § 1366 BGB zal in veel gevallen geen beroep van de andere echtgenoot op het ontbreken van de toestemming mogelijk maken omdat de kennis ontbreekt omtrent de omvang van het hele vermogen van de wederpartij en het percentage dat na de transactie nog overblijft. Deze kennis moet bij de derde volgens de casuïstiek rond § 1366 BGB aanwezig zijn, wil het beroep van de niet-handelende echtgenoot op deze bepaling slagen.

Gesteld dat de casus valt binnen § 1365/1366 BGB voor een vernietigingsberoep door de niet-handelende echtgenoot, is het dan nog denkbaar, dat de derde zich hiertegen kan verweren op grond van art. 11 EVO?⁹ Ik ben geneigd om deze vraag positief te beantwoorden, omdat de genoemde informatie in een IPR-casus er nog niet toe hoeft te leiden dat de derde ook op de hoogte is van de toestemmingsvereisten en de gevolgen van het niet-ervullen hiervan. Anders dan in het Duitse interne recht dat in dit geval de derde niet beschermt, lijkt mij een beroep op art. 11 EVO mogelijk te zijn.

26.2.2 Voor echtgenoten geldt Nederlands huwelijksgevolgenrecht

Vanuit het Duitse IPR-huwelijksgoederenrecht wordt bij een echtpaar, voor wie het Duitse huwelijksvermogensrecht geldt, aangenomen dat de bij het concrete regime behorende toestemmingseisen van toepassing zijn. Een probleem kan rijzen indien de echtgenoten daarnaast onder het Nederlandse huwelijksgevolgenrecht vallen.¹⁰

Indien een gefortuneerde echtgenoot de echtelijke woning in Duitsland verkoopt aan een derde die niet op de hoogte is van het Nederlandse art. 1:88 BW, kan de andere echtgenoot dan de koop vernietigen ex art. 1:89 BW? Mijns inziens hangt dat onder andere af van de vraag of de aanknoping van het huwelijksgevolgenrecht betrekking heeft op het hele Nederlandse recht (inclusief het IPR) of alleen op het materiële deel ervan.

AANKNOPING VAN HET HUWELIJKSGEVOLGENRECHT AAN HET NEDERLANDSE RECHT, INCLUSIEF HET IPR

In het eerste geval, bij objectieve aanknoping aan de (laatste) gemeenschappelijke nationaliteit of woonplaats, houdt de aanknoping renvoi in, art. 4 lid 1

9 Deze vraag kan alleen gesteld worden als men ervan uitgaat dat art. 11 EVO in dit kader van toepassing is.

10 De discrepantie kan zich, zoals in de vorige hoofdstukken is uitgewerkt, bijvoorbeeld voordoen als de echtgenoten ten tijde van de huwelijksluiting beiden Duitser waren en nadien beiden Nederlander zijn geworden, of als zij verschillende andere nationaliteiten hebben verkregen en beiden in Nederland wonen. Zelfs als een der echtgenoten inmiddels weer in een ander land woont, zal toch het Nederlandse huwelijksgevolgenregime toepasselijk blijven ex art. 14 EGBGB. Het kan ook zijn dat de echtgenoten ten tijde van de huwelijksluiting ex art. 14 EGBGB hebben gekozen voor het Nederlandse recht als het huwelijksgevolgenrecht, maar staande huwelijk nog een aparte rechtskeuze hebben uitgebracht voor het Duitse huwelijksvermogensrecht.

EGBGB.¹¹ In dat geval moet de Duitse rechter ook kijken naar het Nederlandse IPR, i.c. art. 3 WCHb. Vervolgens moet hij zich afvragen of de te beschermen echtgenoot al in Duitsland woont. Indien zulks het geval is, is de zaak eenvoudig: via renvoi geldt dan ook voor het huwelijksgevolgenrecht het Duitse recht. Daardoor heeft de derde alleen te maken met de toestemmingsvereisten uit het Duitse huwelijksgoederenrecht.

Minder eenvoudig is het indien de te beschermen echtgenoot in Nederland woont, omdat dan volgens art. 3 WCHb samenloop met de Nederlandse toestemmingseisen dreigt. Ter beoordeling van de positie van een derde die hiermee wordt geconfronteerd, dient wederom een onderverdeling te worden gemaakt, dit keer naar plaats van handeling.

- a. De te beschermen echtgenoot woont in Nederland en de transactie waarvoor toestemming is vereist, wordt in Duitsland verricht

Ik zal hier eerst op transacties ingaan waarbij onroerende zaken zijn betrokken, en daarna de overige transacties bespreken. Bij verkoop van de echtelijke woning, die een substantieel deel van het vermogen van de vervreemdende echtgenoot beslaat, wordt naast de toestemming bij een Gesamtvermögensgeschäft ex § 1365 BGB ook toestemming vereist ex art. 1:88 lid 1 BW. Dit geldt ook voor een echtpaar dat in gemeenschap van goederen is gehuwd, waarbij toestemming is vereist voor alle onroerendgoedtransacties. Mocht de verkoop slechts een deel van de inboedel betreffen, dan is ook nog § 1369 BGB toepasbaar voor echtgenoten in Zugewinnngemeinschaft. In een geval, waarin het om de verkoop van de echtelijke woning gaat, die niet als een Gesamtvermögensgeschäft te kwalificeren is, zou alleen toestemming volgens het Nederlandse recht nodig zijn. Vernietiging bij ontbreken ervan vindt plaats volgens de regels van art. 1:89 BW.

Vormt de woning ook het leeuwendeel van het vermogen van de echtgenoot, dan is volgens beide rechtsstelsels toestemming vereist. Mijns inziens mag de te beschermen echtgenoot zich op beide regels beroepen.¹²

De derde kan zich in ieder geval op de verweren uit het door de echtgenoot gebruikte interne recht beroepen. Heeft de derde daarnaast ook nog een beroep op art. 12 of 16 EGBGB? In de Duitse literatuur wordt over toepasselijkheid van art. 12 EGBGB verschillend gedacht, zoals in onderdeel 20.1.1 reeds is uitgewerkt in het kader van het huwelijksvermogensrecht. Dit geldt analoog ook voor andere bevoegdheidsbeperkingen die het gevolg zijn van een huwelijk.¹³ De heersende leer neemt aan dat overeenkomstige toepassing van art. 16 lid 2 EGBGB ook kan worden aangenomen in gevallen dat de

11 Bij de aanknoping aan het recht van de nauwste band is omstreden of renvoi moet worden aangenomen, zie onderdeel 18.3.1.

12 Zo in algemene zin ook Kropholler, IPR, p. 103 bij zog. 'Doppelqualifizierung'.

13 MünchKomm (Spellenberg), Randnr. 28 bij art. 12 EGBGB, acht een beroep op art. 12 EGBGB hier uitgesloten; Palandt/Heldrich, Randnr. 5 bij art. 12 EGBGB, vindt toepassing ervan geen probleem.

echtgenoten zijn beperkt bij het aangaan van bepaalde rechtshandelingen, waarbij wordt verwezen naar de toestemmingseis bij het aangaan van borgtochten uit het Nederlandse recht.¹⁴ Het geheel overziende neem ik aan dat bescherming van derden tegen beperkingen op grond van het echtelijke toestemmingsvereiste niet vallen onder de goede trouw-bescherming van art. 12 EGBGB, maar analoog worden behandeld aan de andere in art. 16 lid 2 EGBGB genoemde bepalingen waarbij de vraag of tevens andere toestemmingsvereisten uit het toepasselijke huwelijksvermogensrecht gelden, moet worden beantwoord overeenkomstig de daarvoor geldende bepalingen. Doet zich bijvoorbeeld een samenloop voor tussen toestemmingsvereisten uit het toepasselijke Nederlandse huwelijksgevolgenrecht en toestemmingsvereisten uit het toepasselijke Duitse huwelijksvermogensrecht, dan moet voor beide apart worden bekeken of de derde daardoor wordt geraakt dan wel dat een bijzondere beschermingsregel hem daarvoor behoedt.

De vraag is of dit voor alle toestemmingsvereisten uit art. 1:88 BW geldt. In de literatuur is steeds als voorbeeld de toestemming bij borgtocht genoemd, naar ik aanneem naar aanleiding van het reeds genoemde arrest van het BGH, en mede beïnvloed door de uitspraak van de Zwitserse BG¹⁵ die ook een borgtocht betrof. Andere overeenkomsten die art. 1:88 BW noemt, schenking, koop op afbetaling, borgtochten en andere garantie-overeenkomsten, zijn in de onderhavige feitenconstellatie ook aan toestemming onderworpen. Bij ontbreken hiervan kunnen zij mijns inziens door de andere echtgenoot worden vernietigd, tenzij de derde zich op analoge toepassing van art. 16 lid 2 EGBGB kan beroepen.¹⁶

Aangezien het Duitse recht voor deze rechtshandelingen in de regel geen toestemmingseisen kent, afgezien van rechtshandelingen die Gesamtvermögensgeschäfte zijn, zal het Duitse recht altijd gunstiger zijn voor de derde dan het buitenlandse en kan hij zich tegen vernietiging door de andere echtgenoot op grond van buitenlands recht verweren. Daarvoor is wel vereist dat de rechtshandeling in Duitsland tot stand is gekomen, zie art. 16 lid 2 EGBGB. Mijns inziens moeten de vereisten, zoals zij voor bescherming bij andere in dat artikel genoemde rechtshandelingen gelden, ook bij de analoge toepassing worden aangenomen. De rechter zal ambtshalve onderzoek naar de meest gunstige oplossing moeten instellen, in objectieve zin opgevat.

b. De te beschermen echtgenoot woont in Nederland en de rechtshandeling wordt in Nederland verricht

In dit geval neemt het Duitse recht aan dat de derdenbescherming geldt die

¹⁴ Zie bijvoorbeeld Henrich, IPR Familienrecht, p. 41, noot 42.

¹⁵ BG 14 december 1984, IPRax 1987, p. 34, mnt. Hanisch, IPRax 1987, p. 47 e.v.

¹⁶ Directe toepassing is niet mogelijk omdat deze bepaling toestemmingsvereisten zoals art. 1:88 niet direct noemt, maar de Parlementaire geschiedenis laat toepassing analoog toe bij toestemmingsvereisten uit buitenlandse rechtsstelsels die in het IPR niet als huwelijksvermogensrecht worden gekwalificeerd, zie BT-Drucksache 10/504, p. 59.

het desbetreffende land kent.¹⁷ Dat betekent dat art. 1:88 BW toepasselijk is, waarbij de derde volgens de Nederlandse regel van art. 1:89 BW eventueel beschermd kan worden tegen vernietiging van de rechtshandeling door de andere echtgenoot. In dit geval, zo kan ik mij voorstellen, is de uitleg relevant die het Nederlandse recht kent inzake de IPR-goede trouw in de zin van het in het vorige hoofdstuk behandelde Jyske Bank-arrest:¹⁸ niet verwachten en niet behoeven te verwachten dat art. 1:89 BW een vernietigingsmogelijkheid geeft. Zal het zich snel voordoen dat de derde in deze zin te goeder trouw is? Men kan redeneren dat dit niet het geval moet zijn, omdat het Duitse IPR zelf aangeeft dat voor deze echtgenoten het Nederlandse huwelijksgevolgenrecht geldt. Het is niet zo dat de werking van art. 1:88 BW ineens als een duveltje uit een doosje op de wederpartij wordt losgelaten. Het Duitse IPR zelf heeft de werking ervan aangegeven. Dat heeft tot gevolg dat een Duitse bank die een borgtocht van een der echtgenoten bedingt, of een postorderbedrijf, dat goederen op afbetaling stuurt, met deze vernietiging te maken kan krijgen, wanneer de rechtshandeling zelf in Nederland tot stand kwam.

Hierin schuilt een ander argument waarom de derde op toepasselijkheid van art. 1:89 BW bedacht zou moeten zijn: de rechtshandeling wordt in Nederland verricht. Bovendien zou in deze constellatie ook naar Nederlands IPR toestemming ex art. 1:88 BW vereist zijn ex art. 3 WCHb. De echtgenoot wiens toestemming ontbreekt, maakt mijns inziens een goede kans om de rechtshandeling inderdaad vernietigd te krijgen. Daarop wijst ook het stramen van art. 16 lid 2 EGBGB (analoog): de wederpartij van de echtgenoot wordt alleen beschermd tegen onbekende buitenlandse handelingsonbevoegdheidsregels als de rechtshandeling tot stand komt in het land waar hij aanwezig is ten tijde van de totstandkoming, zie onderdeel 20.4 waar de werking van art. 16 lid 2 EGBGB is besproken in het kader van derdenbescherming tegen gevolgen van beroepsuitoefening door een van de echtgenoten.

AANKNOPING AAN NEDERLANDS MATERIEEL HUWELIJKSGEVOLGENRECHT

Directe toepasselijkheid van materieel Nederlands huwelijksgevolgenrecht is alleen aan de orde wanneer de echtgenoten een art. 14-EGBGB-rechtskeuze hebben uitgebracht of wanneer aanknoping via de nauwste band zonder renvoi wordt aangenomen. In dit geval is altijd art. 1:88/89 BW toepasselijk, ongeacht de vraag, waar de te beschermen echtgenoot zijn woonplaats heeft. Deze echtgenoot heeft dan logischerwijze ook de vernietigingsmogelijkheden uit het Nederlandse recht, waarbij voor de vraag of deze geëffectueerd kunnen worden, met name relevant is of de rechtshandeling in Duitsland wordt verricht. In dat geval is analoge toepassing van art. 16 lid 2 EGBGB mogelijk.¹⁹

¹⁷ BT-Drucksache 10/504, p. 59.

¹⁸ HR 13 januari 1989, NJ 1990 268 mnt. JCS.

¹⁹ BT-Drucksache 10/504, p. 59.

Vindt de rechtshandeling ergens anders haar beslag, dan hangt het wederom van de ter plaatse geldende beschermingsbepalingen af of de derde zich tegen een vernietiging ex art. 1:89 BW kan verweren. Afhankelijk van de opvatting van de rechter kan ook bescherming van de derde op grond van art. 11 EVO plaatsvinden.

Voor de vraag welke maatstaf voor de goede trouw in dat geval moet worden aangelegd, lijkt mij het volgende redelijk: het is de Duitse IPR-wet die toepasselijkheid van art. 1:88 BW direct voorschrijft. Indien de derde sterk met de Duitse rechtssfeer verbonden is, bijvoorbeeld door zijn woonplaats, dan lijkt mij eerder de redenering verdedigbaar dat hij via het Duitse IPR op het bestaan van art. 1:88 BW bedacht had moeten zijn en komt hij voor bescherming op grond van art. 16 lid 2 EGBGB niet snel in aanmerking. Is de derde minder met de Duitse rechtssfeer verbonden dan is mijns inziens wellicht eerder goede trouw aan te nemen ten aanzien van toestemmingseisen waarvoor het land van herkomst van de derde geen equivalent kent.

26.3. De positie van derden bij echtgenoten met Nederlands huwelijksgoederenrecht

Naar Duits IPR wordt aangenomen dat toestemmingsvereisten zoals het Nederlandse recht deze kent, onder het huwelijksgevolgenrecht vallen. Zij gelden onafhankelijk van het toepasselijke huwelijksvermogensrecht. De echtgenoten op wie het Nederlandse huwelijksgoederenrecht toepasselijk is, kunnen ook onder Nederlands huwelijksgevolgenrecht vallen, maar het is om diverse redenen ook mogelijk dat daarvan afwijkend een ander recht hun huwelijksgevolgen regelt.²⁰

Welke situaties kunnen wij hierbij onderscheiden?

- a. Objectieve aanknopng aan het Nederlandse huwelijksgevolgenrecht op grond van art. 14 EGBGB

Bij objectieve aanknopng aan het Nederlandse recht door art. 14 EGBGB wordt verwezen naar het gehele recht, inclusief het IPR, waardoor art. 3 WCHb de woonplaats van de andere echtgenoot beslissend acht voor de toepasselijkheid van eventuele toestemmingsvereisten.²¹ In dit geval wreken zich de verschillende kwalificaties uit het Duitse en het Nederlandse recht: wanneer de niet-handelende echtgenoot in Duitsland woont, moet via art. 3

²⁰ 'Gleichlauf' tussen het huwelijksgevolgen- en huwelijksgoederenrecht zal steeds dan gelden, wanneer ten tijde van de huwelijksluiting beide echtgenoten dezelfde, i.c. Nederlandse, nationaliteit hadden, of wanneer zij ten tijde van de huwelijksluiting een zogenaamde 'combinatie-keuze' van art. 14 EGBGB voorzowel het huwelijksgevolgen- als het huwelijksvermogensrecht hebben uitgebracht, en zich staande huwelijk geen verandering van het aangewezen recht heeft voorgedaan.

²¹ Nederlands huwelijksvermogens- en huwelijksgevolgenrecht kan op grond van art. 14 EGBGB toepasselijk zijn omdat beide echtgenoten ten tijde van de huwelijksluiting Nederlander waren.

WCHv volgens Duits recht worden vastgesteld of bepaalde toestemmingsvereisten toepasselijk zijn. Renvoi dat terugleidt naar Duits recht wordt in principe aangenomen. Welk van de toestemmingseisen geldt dan? Hierop is in de Duitse literatuur geen direct antwoord te vinden. Het lijkt mij verdedigbaar om in dit geval van renvoi af te zien en, mede gezien het feit dat zowel het huwelijksvermogens- als ook het huwelijksgevolgenrecht door het Nederlandse recht wordt beheerst, bescherming van art. 1:88 BW aan te nemen.

De derde die te goeder trouw is in de zin van art. 1:89 BW in IPR-zin, zoals hierboven aan de orde was, zal dan niet worden geconfronteerd met een vernietigingsactie van de echtgenoot die geen toestemming heeft gegeven voor de desbetreffende rechtshandeling. Juist bij toestemmingsvereisten die het Duitse recht niet kent, zal snel goede trouw worden aangenomen zodat geen noodzaak voor bescherming van de derde bestaat. De rechtshandeling is onaantastbaar.²²

Is de goede trouw niet aanwezig of betreft het een rechtshandeling om niet, dan lijkt mij geen kruid tegen de vernietiging van de desbetreffende rechtshandeling gewassen indien de andere echtgenoot daarvan gebruik wenst te maken. De heersende opvatting in Duitsland is immers dat art. 12 EGBGB (het equivalent van art. 11 EVO in het Duitse IPR) hier niet toepasselijk is, zie onderdeel 20.1.1.

b. Rechtskeuze voor Nederlands huwelijksgevolgenrecht

Geldt Nederlands huwelijksgevolgenrecht op grond van een rechtskeuze dan is daarmee het renvoi-probleem verholpen: bij rechtskeuze wordt immers gekozen voor de materieelrechtelijke bepalingen van het Nederlandse recht en hebben wij niets te maken met de aanknoping van de toestemmingsvereisten naar Nederlands IPR. In dat geval is art. 1:88 BW van toepassing op grond van de rechtskeuze.³

c. Voor het echtpaar geldt Duits huwelijksgevolgenrecht

Het is in het Duitse IPR mogelijk dat voor een echtpaar het Nederlandse huwelijksvermogensrecht geldt, maar Duits recht voor hun huwelijksgevolgen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien ten gevolge van een verandering van nationaliteit of woonplaats art. 14 EGBGB vanaf dat moment een ander recht aanwijst.

In dat geval breekt zich het verschil in systeem tussen het Duitse en het Nederlandse interne recht: de toestemmingsvereisten van het Duitse recht zijn gekoppeld aan de Duitse huwelijksgoederenregimes. Welk toestemmingsvereiste uit het Duitse recht hoort bijvoorbeeld bij de Nederlandse wettelijke gemeenschap? Het systeem van het Duitse IPR geeft hierop geen duidelijk antwoord. Het meest eenvoudige zou zijn de oplossing te volgen die Henrich

²² Indien dit onverhoopt niet voldoende is voor de derde kan hij nog een beroep doen op bescherming van art. 16 lid 2 EGBGB analoog, zoals hierboven is aangegeven.

voor een vergelijkbaar geval geeft:²³ men past hier toch het Nederlandse art. 1:88 BW toe. Dit lijkt mij bij een dergelijke pat-stelling een praktische oplossing die ook voor derden acceptabel is. Of deze daadwerkelijk te maken krijgen met een vernietigingsactie is, zoals reeds is uitgewerkt, door de beperking van de vernietigingsmogelijkheden in art. 1:89 BW nog maar de vraag.

26.4 Gevolgen van de veranderlijkheid van het huwelijksgevolgenrecht op het terrein der toestemmingsvereisten

In de Duitse literatuur wordt wel uitgewerkt in welke gevallen veranderingen in het huwelijksgevolgenrecht staande huwelijk voorkomen, en eveneens of het wenselijk is dat het huwelijksgevolgenstatuut gedurende het huwelijk kan worden aangepast aan nieuwe feitelijke gegevens,²⁴ maar op de praktische gevolgen van het een en ander wordt minder uitgebreid ingegaan. Bij een wijziging van het toepasselijke huwelijksgevolgenrecht zal in het kader van de toestemmingsvereisten vooral de vraag rijzen of vereisten die in het oude recht wel, maar in het nieuwe recht niet gelden (of vice versa) op een bepaalde transactie wel of niet van toepassing zijn. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als een bepaalde obligatoire handeling die nog niet aan toestemming door de andere echtgenoot was onderworpen, kan verplichten tot een goederenrechtelijke handeling die moet worden verricht na de overgang, waarbij voor deze goederenrechtelijke handeling naar het nieuwe recht wel de toestemming van de andere echtgenoot moet worden verkregen. Dit probleem lijkt mij ook in het Duitse IPR analoog te kunnen worden opgelost aan gevallen waarin de werking of het wegvallen van bepaalde toestemmingseisen door een huwelijksluiting of huwelijksbeëindiging wordt veroorzaakt. Daarbij moet mijns inziens worden gekeken naar de oplossing die het nieuwe recht daarvoor geeft, omdat dit recht uiteindelijk beslissend is voor de geldigheid dan wel aantastbaarheid van de transactie. In een voorbeeld zou dit er als volgt uit kunnen zien: de echtgenoten vallen eerst onder een rechtsstelsel dat geen toestemmingsvereisten kent ten aanzien van de verkoop en levering van de echtelijke woning, zolang dit niet het leeuwendeel van het vermogen van de handelende echtgenoten vormt. Na de verkoop van de woning door de bestuursbevoegde echtgenoot aan X doch vóór de levering, treedt een overgang op naar een huwelijksgevolgenrecht dat de verkoop en levering van de echtelijke woning altijd aan toestemming onderwerpt. Kan de levering van die woning aan X doorgang vinden zonder toestemming van de niet-handelende echtgenoot? De meest voor de hand liggende oplossing lijkt mij te zijn dat men dit analoog oplost aan het geval dat de woning voor de

²³ Henrich, IPR Familienrecht, p. 41.

²⁴ Bijvoorbeeld Von Bar, IPR II, Randnr. 195.

huwelijkssluiting is verkocht en door de huwelijkssluiting het toestemmingsvereiste aangaande de verkoop en levering van de echtelijke woning is gaan gelden. Een rechtsstelsel dat een dergelijke eis kent moet daarvoor een oplossing hebben. Het komt mij voor dat deze oplossing analoog voor IPR-gevallen toegepast moet worden.

KRITISCHE OPMERKING TEN AANZIEN VAN DE VERANDERLIJKHEID VAN HET TOEPASSELIJKE HUWELIJSGEVOLGENRECHT

Een probleem van geheel andere orde dat kan voorkomen bij een verandering van het huwelijksgevolgenrecht is dat de echtgenoten zelf geen notie hebben van deze wijziging en niet weten welke voorschriften voor hen voortaan gelden. Deze ongewenste bijwerking kan tot rechtsonzekerheid leiden, hetgeen ik vooral ongewenst vind in het geval dat een rechtskeuze voor het huwelijksgevolgenrecht van rechtswege eindigt. Doordat het Duitse IPR aan de echtgenoten een aparte rechtskeuzemogelijkheid geeft ten aanzien van het huwelijksgevolgenrecht kan ik mij voorstellen dat de echtgenoten ervan uitgaan dat dit recht ook daadwerkelijk hun huwelijksgevolgen, en daarmee ook de toestemmingsvereisten regelt en voortaan blijft regelen. Dat dit niet altijd het geval is, komt mij voor als een ernstige inbreuk op de rechtszekerheid, vooral ten aanzien van de echtgenoten zelf die een bewuste keuze hebben gemaakt, zie onderdeel 24.1.1.

26.5 Is rechtskeuze bij de toestemmingsvereisten wenselijk; een rechtsvergelijkende beschouwing

Een opvallend verschil tussen de Duitse en de Nederlandse regeling op het gebied van de huwelijksgevolgen is dat naar Duits IPR echtgenoten hun huwelijksgevolgenrecht in een beperkt aantal gevallen zelf kunnen bepalen. Op het onderhavige terrein is de keuzemogelijkheid wel te billijken indien daarmee 'Gleichlauf' tussen huwelijksgevolgenrecht en huwelijksvermogensrecht wordt bewerkstelligd. Door de koppeling in het Duitse IPR van de Duitse toestemmingseisen aan het huwelijksgoederenregime geldt dit in bijzondere mate voor echtgenoten die onder Duits huwelijksgoederenrecht zijn gehuwd. Deze opmerking geldt overigens ook meer in het algemeen, wanneer een rechtsstelsel bepaalde huwelijksgevolgen koppelt aan een bepaald internrechtelijk huwelijksvermogensregime. De toepasselijkheid van verschillende rechtsstelsels voor het huwelijksgevolgenrecht en het huwelijksvermogensrecht is een bron van veel onduidelijkheden die noch voor de echtgenoten, noch voor derden wenselijk zijn. Rechtskeuze kan die onduidelijkheden voorkomen. De Duitse mogelijkheid, dat een overeengekomen rechtskeuze van rechtswege kan vervallen, past daar niet bij.

Tot slot moet worden opgemerkt dat de art. 14 EGBGB-rechtskeuze een

uitzonderingskarakter heeft; in de meerderheid der gevallen is een vaste aanknopingsladder toepasselijk en missen de echtgenoten de vrijheid, om zelf het op hen van toepassing zijnde recht te bepalen. In zoverre is er praktisch een minder groot onderscheid tussen het Nederlandse en het Duitse IPR dan op het eerste gezicht lijkt.

Deel C

Verhaal van schuldeisers die een der echtgenoten tot schuldenaar
hebben in IPR-verhoudingen betreffende
Nederlands en Duits recht

De verhaalspositie van derden jegens (ex)echtgenoten na beëindiging van de gemeenschap tengevolge van beëindiging van het huwelijk, dan wel wijziging van regime ten gevolge van een overgang naar een ander regime, naar Nederlands internationaal privaatrecht

In dit hoofdstuk komen de verhaalsrechtelijke gevolgen van de afwikkeling van een regime staande huwelijk of bij echtscheiding aan de orde.¹ In IPR-gevallen wijkt deze af van de in hoofdstuk 14 besproken internrechtelijke gevallen waar alleen bij het einde van een gemeenschap bijzondere problemen kunnen optreden, doordat daar art. 1:102 BW van toepassing wordt. Bij overgang van scheiding van goederen naar gemeenschap vindt in internrechtelijke gevallen van rechtswege boedelmenging plaats en worden de belangen van derden door de rechter bewaakt. In IPR-constellaties ligt dat anders. Daar komt geen rechter aan te pas bij een overgang van het ene naar het andere huwelijksgoederenregime, art. 8 WCHv; bovendien gaat het Verdrag 1978 ervan uit dat rechten van derden onverlet blijven, art. 9. Welke concrete gevolgen dit voor een derde heeft die een vordering heeft op een gehuwde schuldenaar, zal in dit onderdeel worden behandeld.

Vooraf zal ik enkele woorden wijden aan de basisbepaling van de IPR-verhaalsbescherming bij derden te goeder trouw, art. 5 WCHv. Deze bepaling is opgenomen in de WCHv, de uitvoeringswet bij het Verdrag 1978. Art. 9 Verdrag biedt verdragstaten de mogelijkheid om de bevoegdheid van echtgenoten om zich jegens derden op hun buitenlandse huwelijksgoederenregime te beroepen, aan bepaalde voorwaarden te binden. Nederland heeft daar in de art. 4 en 5 WCHv gebruik van gemaakt.² Art. 5 WCHv geeft aan onder welke omstandigheden echtgenoten met een buitenlands huwelijksgoederenregime dit regime aan derden kunnen tegenwerpen, die zich willen verhalen op de goederen der echtgenoten voor een schuld die een der echtgenoten is aangegaan.

1 MvT II bij de WCHv, 21 273, nr. 3, p. 5-6. De goederenrechtelijke aspecten van de verdeling van een eventuele gemeenschap vallen onder de *lex rei sitae*, zie onderdeel 21.1.2.

2 Art. 4 WCHv is reeds besproken in hoofdstuk 19.

ALGEMENE IPR-VERHAALS BESCHERMING VAN DERDEN TE GOEDER TROUW,
ART. 5 WCHV

Is de derde onkundig van het buitenlandse huwelijksvermogensregime van zijn wederpartij, dan bestaat de reële kans dat hij door het huwelijksgoederenregister niet in alle gevallen gewaarschuwd wordt, omdat in internationale gevallen rechtskeuzes sec of in combinatie met huwelijksvoorwaarden niet volgens de Nederlandse bepalingen geregistreerd behoeven te worden om geldig te zijn, art. 4 WCHv.³ Om hieraan tegemoet te komen heeft de Nederlandse wetgever in de art. 4 en 5 WCHv bepaald, dat een derde te goeder trouw zich kan verhalen op de goederen van het echtpaar alsof het in de Nederlandse gemeenschap van goederen was gehuwd, tenzij in het huwelijksgoederenregister een akte is ingeschreven met een verklaring dat het huwelijksvermogensregime niet wordt beheerst door het Nederlandse recht. Als 14 dagen na de inschrijving in het huwelijksgoederenregister zijn verstreken, dan is de derde niet meer te goeder trouw, art. 5 lid 2 WCHv, ook al weet hij subjectief niets van het buitenlandse huwelijksvermogensstelsel. Weet de derde al daarvoor van de toepasselijkheid van het buitenlandse huwelijksvermogensrecht, dan kan de handelende echtgenoot, die dat kan bewijzen, zich daar natuurlijk wel op beroepen.

GEVOLGEN VAN ONTBREKENDE INSCHRIJVING VOOR DE VERHAALSMOGELIJK-
HEDEN VAN DE DERDE, ART. 5 WCHV

Bij rechtshandelingen die een van het buitenlandse stelsel onkundige derde verricht, zonder dat een inschrijving in het huwelijksgoederenregister heeft plaatsgevonden of voordat de 14-dagen termijn na de inschrijving is verstreken, kan hij ervan uitgaan dat hij verhaal op het vermogen van zijn gehuwde wederpartij kan nemen alsof deze in de Nederlandse wettelijke gemeenschap was gehuwd, mits zowel de derde als beide echtgenoten in Nederland hun gewone verblijfplaats hebben ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling.⁴

In de MvT II bij de WCHv⁵ wordt niet het verdergaande vereiste gesteld dat ook de plaats waar de rechtshandeling wordt verricht, in Nederland moet liggen. De Minister was van oordeel dat dit vereiste alleen maar tot extra complicaties zou leiden. De overige vereisten zullen er praktisch altijd toe leiden dat ook de rechtshandeling in Nederland verricht wordt. Deze gedachtegang was ook al te vinden in het advies van de Staatscommissie en de Notariële Broederschap.⁶ In ieder geval is er een sterke band met de Nederlandse rechtssfeer.

Om de verhaalsmogelijkheden van de crediteur te bepalen moet men vast-

3 Zie WPNR 6162 (1994).

4 Zie Joppe, preadvies KNB 1990, p. 67 e.v. over de wetstekst.

5 21 273, nr. 3, p. 18-19.

6 P. 2 punt 4.

stellen welke goederen der echtgenoten tot de (gefingeerde) wettelijke gemeenschap zouden behoren. De crediteur kan dan - naast de privégoederen van de debiteur - ook de eigen goederen van de niet-handelende echtgenoot uitwinnen, voor zover zij tot de gemeenschap van goederen zouden behoren.

Aangezien deze regeling van toepassing is ongeacht het toepasselijke recht en een aantal aanvullende eisen is gesteld ten aanzien van de werking van art. 5 WCHv, heeft Joppe mijns inziens gelijk indien zij deze bepaling tot 'een soort voorrangsregel' bestempelt.⁷ Wat zij bedoelt met 'een soort' voorrangsregel is mij niet geheel duidelijk. Het lijkt mij een gewone voorrangsregel te zijn, met de geschreven scope rule in het artikel zelf. Dat het hier een voorrangsregel in het familierecht betreft, doet aan de werking ervan niets af.⁸

GELDT DE REGELING ALLEEN VOOR RECHTSHANDELINGEN OF OOK VOOR VERBINTENISSEN UIT ANDERE BRON?

Joppe⁹ verdedigt een ruime werking van art. 5 WCHv en stelt vast, dat de beperking tot rechtshandelingen in de WCHv is opgenomen hoewel het Verdrag haars inziens niet tot deze beperking noopt. Ook Von Overbeck zou in zijn Rapport¹⁰ deze beperking suggereren. In de Nederlandse vertaling spreekt de tekst van het rapport over 'rechtsbetrekkingen' tussen echtgenoten en derden. Deze kunnen uiteraard ook op andere wijze ontstaan, bijvoorbeeld doordat een echtgenoot met buitenlands huwelijksvermogensrecht een Nederlander aanrijdt en daarvoor schadevergoeding moet betalen. Wanneer de echtgenoten én de derde in Nederland wonen dan wordt door de gebruikte formulering van de WCHv het verhaal op de echtgenoten op de wijze zoals dit mogelijk zou zijn naar de Nederlandse wettelijke gemeenschap van goederen, voor de derde afgesneden. Dat houdt voor de derde een duidelijke verslechtering van diens verhaalsmogelijkheden in als de echtgenoten zijn gehuwd in een minder verhaalsgunstig regime. Deze verhaalsbeperking geldt niet als de derde een overeenkomst sluit tot verkoop van zijn villa aan deze echtgenoten. Dan kan hij zich voor de voldoening van de koopprijs wel verhalen op alle goederen van de echtgenoten die naar Nederlands recht in de wettelijke gemeenschap zouden vallen.

De verhaalsbeperking is daarentegen gunstig voor de echtgenoten omdat deze alleen in 'gecontroleerde' vorm met deze vergaande verhaalsmogelijkheden kunnen worden geconfronteerd; voor binding krachtens dit artikel is immers een rechtshandeling vereist, waarvoor een daarop gerichte

7 Joppe, losbl. titel 1.8 aant. 11 sub a.

8 In zijn arrest van 16 maart 1990, NJ 1991 575 mnt. JCS; AAe 1990, p. 556 mnt. De Boer (Museum Bredius-arrest), heeft de Hoge Raad het bestaan van voorrangsregels in het familierecht toegestaan. In dat arrest ging het om een erfrechtelijke voorrangsregel.

9 Joppe, preadvies KNB 1990, p. 69 e.v.; ook al in WPNR 5355 (1976), p. 433, noot 33 en WPNR 5423 (1978), p. 125, noot 10, waar zij deze gedachte plaatst in het kader van de voorrangsregels.

10 Rapport nrs. 175 en 178.

wil van minstens een der echtgenoten noodzakelijk is.¹¹

Opvallend is dat in de MvT bij dit artikel met geen enkel woord over deze kwestie wordt gesproken. De tekst gebruikt gewoon het woord ‘rechtshandeling’.¹² Dit kan wellicht worden verklaard uit de opmerking in de MvT dat de art. 4 en 5 WCHv in onderling verband aan derden

“een bescherming (geven) die evenwaardig is aan de bescherming die zij zouden hebben in zuiver door Nederlands recht beheerste situaties, wanneer de echtgenoten huwelijkse voorwaarden hebben gemaakt. Zij zijn ingegeven door het advies van de Staatscommissie en de Broederschap, die in meerderheid een zodanige, vergaande bescherming van derden aanbevelen.”

In dit verband is van belang dat de registerbescherming in het interne recht ook beperkt is tot rechtshandelingen.¹³ Het is begrijpelijk dat de wetgever heeft beoogd de IPR-derdenbescherming op gelijke wijze te beperken.

VERANDERINGEN VAN TOEPASSELIJK RECHT OP GROND VAN HET VERDRAG 1978 EN DE GEVOLGEN VOOR SCHULDEISERS VAN DE ECHTGENOTEN

In het onderstaande zal ik tevens onderzoeken of de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers ook vallen onder de rechten van derden die het Verdrag respecteert. Ik zal daarvoor de verschillende overgangen van Duitse naar Nederlandse stelsels bekijken. Alleen die overgangen waarin een mogelijke wijziging van de verhaalsmogelijkheden kan voorkomen, zullen in het vervolg de revue passeren. Overgangen tussen twee stelsels die uitgaan van scheiding van goederen zullen derhalve buiten beschouwing worden gelaten.

27.1 Verhaalsmogelijkheden bij beëindiging van het regime op grond van beëindiging van het huwelijk

Ter vergelijking met de verschillende overgangen zal eerst worden besproken wat geschiedt bij de beëindiging van het huwelijk in een IPR-constellatie waarbij een buitenlands huwelijksgoederenrecht van toepassing is. Als de Nederlandse goederengemeenschap in zo'n situatie eindigt, dan is art. 1:102 BW toepasselijk. In hoeverre is de positie van derden anders bij echtgenoten met een buitenlands huwelijksgoederenregime?

Hierbij is een aantal situaties te onderscheiden.

1. Echtgenoten hebben hun buitenlandse regime aan derden bekend gemaakt
Als de echtgenoten op tijd maatregelen hebben genomen om aan derden hun

11 Ik laat daarbij gevallen van gebondenheid op grond van de wils-vertrouwensleer buiten beschouwing, omdat deze in verhouding maar zeer sporadisch voorkomen. In deze gevallen zal geen uitzondering op de verhaalsregeling gemaakt worden.

12 Zie MvT bij de WCHv, p. 18-19.

13 Asser-Moltmaker nr. 425 met verdere verwijzingen, zie het begin van hoofdstuk 5.

buitenlandse regime bekend te maken dan is de situatie van derden-schuldeisers afhankelijk van hetgeen dat recht over de afwikkeling van het desbetreffende regime zegt. Derden hadden daarmee rekening kunnen houden en hadden hun onderhandelingen daarop kunnen afstemmen, art. 5 lid 1 j° 2 WCHv.

2. Bij gebreke van publicatie geldt art. 5 WCHv voor derden te goeder trouw. Art. 1:102 BW is zonder meer van toepassing in het geval van art. 5 lid 1 j° 2 WCHv, wanneer de derde erop mocht vertrouwen dat de Nederlandse gemeenschap van toepassing was en beide echtgenoten ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling hun gewone verblijfplaats hadden in Nederland. Wanneer echtgenoten staande huwelijk hebben nagelaten om een vreemd recht-verklaring in te schrijven, mag dit verzuim mijns inziens ook bij beëindiging van het regime niet ten nadele van derden werken, die immers hun gedrag op die fictie zullen hebben afgestemd. Mededeling van het buitenlandse regime nadat de derde te goeder trouw de verbintenis is aangegaan, kan analoog worden beoordeeld aan een internrechtelijke wijziging van het regime staande huwelijk waarbij echtgenoten de inschrijving in het huwelijksgoederenregister achterwege hadden gelaten, dunkt mij. In een dergelijk geval mogen zij geen nadeel toebrengen aan de positie van de derde. Deze is immers niet meer in staat om zijn condities aan de nieuwe situatie aan te passen. Uitzonderingen waarbij de derde met de wijziging akkoord gaat, staan buiten deze discussie. De derde heeft een recht om gebruik te maken van art. 5 WCHv maar hoeft dat niet te doen. Wanneer het privévermogen van zijn schuldenaar voldoende verhaal biedt ter voldoening van zijn vordering, dan ligt het voor de hand om die goederen als eerste uit te winnen. Ik zou mij kunnen voorstellen dat in gevallen waarin een schuldeiser die geen nadeel zou lijden door verhaal op de privégoederen van zijn schuldenaar, misbruik van zijn bevoegdheid zou plegen wanneer hij desondanks verhaal neemt op goederen van de andere echtgenoot die tot de fictieve huwelijksgoederengemeenschap zouden behoren, terwijl hij op dat moment van de werkelijke verhoudingen op de hoogte is.

3. De derde merkt later dat eigenlijk een gunstiger regime geldt. In het zeldzame geval dat een derde eerst vertrouwt op toepasselijkheid van art. 1:102 BW, omdat hij van de beëindiging van een Nederlandse wettelijke gemeenschap uit mocht gaan op grond van art. 4 j° 5 WCHv, maar er later achter komt dat echtgenoten naar een buitenlands stelsel waren gehuwd dat ruimere verhaalsmogelijkheden biedt, heeft de derde mijns inziens de mogelijkheid om zich naar het buitenlandse recht te verhalen. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen bij afwikkeling van de Duitse gemeenschap. § 1480 BGB creëert een aansprakelijkheid voor de voordien niet aansprakelijke echtgenoot voor alle gemeenschapsschulden waardoor verhaal niet wordt beperkt

tot de helft van de schuld zoals art. 1:102 BW bepaalt, maar dit verhaalsrecht strekt zich anderzijds alleen uit tot de goederen die deze echtgenoot bij de verdeling van de gemeenschapsgoederen zijn toebedeeld. In bepaalde gevallen kan dit gunstiger zijn. Deze bepaling zal hieronder nog nader aan de orde komen.

27.2 Verhaalsmogelijkheden bij beëindiging van een regime door overgang naar een ander regime door een rechtskeuze ex art. 6 Verdrag

27.2.1 Algemeen

Bij geen van de overgangen ten gevolge van een rechtskeuze, al dan niet in directe combinatie met huwelijksvoorwaarden, is een rechter bij de rechtskeuze betrokken om toe te zien op de belangen van derden, zo art. 8 WCHv. Het Verdrag bepaalt¹⁴ dat op rechten, die inmiddels door derden verkregen zijn, door de verandering van huwelijksvermogensregime door een rechtskeuze geen inbreuk mag worden gemaakt, maar geeft niet aan hoe dat in de praktijk vormgegeven moet worden.

De gevolgen van de overgang van het ene naar het andere recht voor de verhaalsmogelijkheden kan men langs verschillende wegen benaderen.¹⁵ Deels wordt de keuze voor een van deze wegen bepaald door de vraag, wat men onder 'verkregen rechten' verstaat. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen zakelijke en persoonlijke rechten, en verhaalsrechten. In de opvatting dat 'verkregen rechten' beide categorieën omvat is dan nog een tweetal paden mogelijk. Men kan daarbinnen kiezen voor de opvatting dat oude verbintenissen moeten worden afgewikkeld zoals zij destijds waren aangegaan. Dit heeft tot gevolg dat schuldeisers van echtgenoten na de overgang op dezelfde goederen verhaal hebben als daarvoor. 'Rechten van derden' wordt in dit geval ook opgevat als omvattende verhaalsrechten op bepaalde goederen. De consequentie van deze opvatting is, dat er na de overgang schuldeisers zullen zijn die zich bijvoorbeeld alleen op die goederen kunnen verhalen die destijds Vorbehalts- of Sondergut waren, terwijl latere schuldeisers van deze echtgenoot verhaal hebben op de gehele gemeenschap en het privévermogen van hun schuldenaar.

Een andere opvatting houdt in dat men de beide soorten rechten van de schuldeisers uit de periode van vóór de overgang erkent, maar na de overgang de uitoefening ervan door het nieuwe recht laat beheersen. Vóór de overgang hebben zij verhaal naar oud recht, daarna naar het nieuwe.

¹⁴ In art. 8 lid 2 Verdrag is dit uitdrukkelijk aangegeven maar dit is analoog ook van toepassing op art. 6-rechtskeuzes, Rapport Von Overbeck, nr. 174.

¹⁵ Voor een theoretische onderbouwing van de posities van echtgenoten en derden bij wisseling van toepasselijk recht zie Joppe, diss., pp. 83, 279 e.v.

Voor de tweede zienswijze pleit dat zij aansluit bij de gedachte dat zich de nieuwe wet opdringt na de overgang wanneer de schuldeiser beslag wil leggen op goederen van de echtgenoot of deze schuldenaar in faillissement geraakt

Ik geef echter de voorkeur aan de eerste oplossing, die inhoudt dat crediteuren die een vordering hebben verkregen op een der echtgenoten, deze kunnen verhalen zoals onder het oude recht mogelijk was. Het is mijns inziens de zuiverste invulling van de bedoeling van het Verdrag, zoals deze ook tot uiting komt in het rapport van Von Overbeck: rechten van derden blijven onverlet.¹⁶

Nu resteert nog de vraag of in de opvatting van Von Overbeck verhaalsrechten ook onder zijn begrepen in de te beschermen rechten van de derden, en of deze opvatting is in te passen in de IPR-doctrine. Het lijkt mij dat wij hier te maken hebben met een ruime toepassing van het leerstuk van de verkregen rechten. Ik spreek met opzet van een ruime toepassing, omdat niet alleen verkregen rechten in de zin van eigendomsrechten en andere absolute rechten hieronder worden verstaan, maar ook verbintenisrechtelijke verhaalsrechten.¹⁷ Men moet in die visie oudere schuldeisers niet alleen in hun verbintenisrechtelijke en goederenrechtelijke aanspraken, maar ook in hun verhaalsmogelijkheden onaangetast laten.

Als ten gevolge van de overgang verhaalsmogelijkheden in een voor de schuldeiser ongunstige mate veranderen, dan volgt daaruit reeds dat dit een benadeling is die op de een of andere wijze moet worden gecorrigeerd. Het past niet in het systeem van het Verdrag om eerst een beslag te eisen voordat men aan bescherming toekomt zoals Joppe dit in haar proefschrift nog deed. Deze oplossing lijkt mij uit praktisch oogpunt ook niet wenselijk omdat zij derden er eerder toe kan brengen naar het middel van beslag te grijpen dan in internrechtelijke gevallen nodig zou zijn geweest.

EEN MOGELIJKE OPLOSSING BIJ SAMENLOOP: VOORRANG BIJ VERHAAL VOOR OUDERE SCHULDEISERS

De samenloop van verhaal door schuldeisers die een vordering hebben gekregen op een der echtgenoten na de overgang, en oudere schuldeisers die reeds de vordering voor de overgang hadden verkregen, kan door de werking van de *paritas creditorum* - voor zover het betreffende land dit beginsel kent - vervelende gevolgen hebben. Enerzijds zou men kunnen zeggen dat de oude schuldeiser hier niets tegen kan doen, net zo min als hij zich in het algemeen, zonder stelselwijziging, kan verweren tegen de rechten van jongere

¹⁶ Von Overbeck, Rapport, nr. 139; dit standpunt is herhaald in de MvA II bij de WCHv, p. 3.

¹⁷ De Minister lijkt ook van deze opvatting uit te gaan, zie MvA II bij de WCHv, p. 3-4 op basis van het rapport van de Staatscommissie en de Notariële Broederschap, t.a.v. vraag 6, p. 30. Zie ook recent Joppe, losbl. titel I.7, aant. 37. In haar proefschrift, p. 83, noot 121, hanteerde zij nog een strenger criterium. Ook in haar preadvies voor de KNB 1990 was zij nog terughoudend, p. 62.

schuldeisers op grond van de *paritas creditorum*. Anderzijds zou men wellicht bij duidelijke gevallen van benadeling met een beroep op de hoofdregel van het Verdrag, dat oude schuldeisers door een rechtskeuze niet benadeeld mogen worden, een soort voorrecht bij de uitwinning van een goed kunnen creëren waardoor de oude schuldeiser van de 'rijke' echtgenoot zich bij voorrang mag verhalen op de goederen van zijn debiteur boven de schuldeiser van de *andere* echtgenoot die door de overgang een soort verhaalsrechtelijk extraatje ontvangt. Dit zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen indien eerst de verhaalsrechten van de schuldeisers beperkt waren tot de vermogens van hun schuldenaren. Na de overgang zou bijvoorbeeld door de werking van de wettelijke gemeenschap naar Nederlands recht ook verhaal mogelijk worden op goederen van de andere echtgenoot, voorzover deze in de gemeenschap van goederen vallen na de overgang. De schuldeisers van de 'arme' echtgenoot krijgen zo na de overgang ook - in concurrentie met schuldeisers van de rijke echtgenoot - toegang tot dat deel van het vermogen van de 'rijke' echtgenoot dat in de wettelijke gemeenschap is gevallen. Op deze wijze krijgen de schuldeisers van de 'arme' echtgenoot na de overgang een extraatje ten aanzien van de verhaalssituatie die onder het oude recht gold.

Op grond van de ratio van het Verdrag spreekt mij deze oplossing wel aan hoewel er geen concrete regels over in het Verdrag te vinden zijn.¹⁸

27.2.2 Verhaalsmogelijkheden bij een overgang van het Duitse wettelijk stelsel naar het Nederlandse wettelijk stelsel

Ik kom nu tot de behandeling van overgangssituaties op grond van rechtskeuze tussen bepaalde huwelijksgoederenstelsels die in het Nederlandse en Duitse recht voorkomen. Daarbij zal ik beginnen met overgangen van het ene naar het andere wettelijke stelsel. Daarna komen overgangen vanuit en naar keuzestelsels aan de orde.

Bij de overgang van het Duitse naar het Nederlandse wettelijke stelsel hangt de positie van derden af van de vraag of de in Nederland wonende echtgenoten vóór de overgang een vreemd recht-verklaring of een verklaring omtrend de toepasselijkheid van het Duitse wettelijk stelsel in het huwelijks-goederenregister hadden ingeschreven. Hier is een aantal situaties te onderscheiden.

- a. Echtgenoten hebben een vreemd-rechtverklaring of een verklaring inzake de toepasselijkheid van het Duitse wettelijk stelsel ingeschreven
Hadden de echtgenoten een dezer verklaringen op grond van art. 4 WCHv in-

¹⁸ Ik laat buiten beschouwing dat crediteuren zekerheidsrechten op goederen der echtgenoten kunnen verkrijgen welke zij kunnen inroepen tegen latere crediteuren, ongeacht het geldende huwelijks-vermogensregime.

geschreven, dan konden in Nederland wonende derden voor de overgang alleen verhaal nemen op het vermogen van een echtgenoot als deze ook schuldenaar van de verbintenis was. Alleen als de echtgenoten hoofdelijk medeschuldenaar waren¹⁹ kon verhaal worden genomen op beider vermogens.

Bij eerdere inschrijving in het huwelijksgoederenregister is het aan te bevelen om de inschrijving vervolgens in het huwelijksgoederenregister te wijzigen in die zin, dat het huwelijksgoederenregime nu de Nederlandse wettelijke gemeenschap van goederen is. Dit is niet vereist om de keuze geldig te doen zijn, maar draagt bij tot de juistheid van de inhoud van het huwelijksgoederenregister. De schuldeisers zijn dan op de hoogte van het nieuwe regime. Zij zullen in de regel geen nadeel van de overgang ondervinden tenzij één echtgenoot meer schulden dan baten heeft. Meestal zullen echtgenoten, die zich in een dergelijk precaire situatie bevinden, niet tot overgang naar de Nederlandse wettelijke gemeenschap besluiten, omdat daardoor de goederen van de financieel gezonde echtgenoot aan de schuldeisers van de arme echtgenoot worden uitgeleverd.

b. Echtgenoten hebben niets in het huwelijksgoederenregister ingeschreven
In het geval dat echtgenoten het buitenlandse regime niet in het register hadden vermeld, is er voor schuldeisers die een rechtshandeling hadden verricht onder de omstandigheden die art. 5 WCHv vermeldt, niets veranderd. Zowel voor als na de overgang kunnen zij zich verhalen op de goederen die naar Nederlands recht in de huwelijksgemeenschap zouden vallen en de privégoederen van hun schuldenaar. Vóór de overgang is dit het gevolg van art. 5 WCHv, erna van art. 9 Verdrag j° 3 WCHv, aangezien dit dan overeenstemt met het werkelijk geldende stelsel.

Schuldeisers uit de periode na de rechtskeuze, die erachter komen dat de inschrijving in het huwelijksgoederenregister niet strookt met de werkelijkheid, kunnen in dat geval verhaal nemen overeenkomstig de regels van art. 1:95 en 96 BW omdat het tussen echtgenoten geldende regime ook jegens derden geldt, art. 9 Verdrag j° 3 WCHv.

De echtgenoot die een vordering tot verrekening van de Zugewinn heeft op zijn partner is concurrent schuldeiser voor deze vordering. Ik zie geen reden om hem een voorrecht of iets dergelijks toe te staan.

27.2.3 Verhaalsmogelijkheden bij een verandering van het Nederlandse wettelijk stelsel naar het Duitse wettelijk stelsel of de Duitse Gütertrennung

Tijdens de gelding van de Nederlandse wettelijke gemeenschap kunnen

¹⁹ Echtgenoten kunnen hoofdelijk schuldenaar worden als zij de schuld samen aangaan, of omdat de wet dit aangeeft. Art. 1:85 BW en haar buitenlandse equivalenten zal ik hier verder buiten beschouwing laten. Deze materie komt aan de orde in de hoofdstukken 23 en 24.

schuldeisers van de echtgenoten zich verhalen volgens de regels van art. 95 en 96 BW.

Bij de overgang van de wettelijke gemeenschap naar een Duits stelsel vindt beëindiging van de Nederlandse gemeenschap plaats, waarna een stelsel van uitsluiting van gemeenschap volgt.²⁰ Hier komt door een rechtskeuze een einde aan de goederengemeenschap, zie onderdeel 21.1.1, en zijn beide partners voortaan buiten gemeenschap gehuwd. De oude gemeenschapsschuldeisers die op de hoogte zijn van de overgang kunnen dan een beroep doen op art. 1:102 BW, voorzover zij zich niet willen verhalen op goederen uit de nog onverdeelde gemeenschap.

In de meeste gevallen zal er geen reden zijn om hen te beschermen tegen latere schuldeisers omdat wegens dreigende benadeling, omdat slechts in uitzonderlijke gevallen de schuldeisers van de andere echtgenoot gebruik moeten maken van de extra aanspraken die hen art. 1:102 BW geeft om verhaal te nemen op het privévermogen van de andere echtgenoot. Deze wordt aansprakelijk voor de helft van de oude gemeenschapsschulden, zie mijn uiteenzetting in hoofdstuk 14.

Anders dan in internrechtelijke gevallen waar in een dergelijk geval van ontbinding van de gemeenschap de rechter de belangen van de crediteuren bewaakt en vaak een Dozy-clausule wordt gebruikt om benadeling te voorkomen, zie onderdeel 14.5.1, beschermt het Verdrag deze schuldeisers in meer algemene zin met een soort verhaalsvoorrecht zoals in het voorgaande is uitgewerkt. Dit heeft in mijn ogen als voordeel dat de ‘extra’ bevoordeling die door de Dozy-clausule wordt veroorzaakt, in IPR-gevallen achterwege blijft.

Wanneer de echtgenoten de overgang niet in het huwelijksgoederenregister hebben ingeschreven, mogen derden te goeder trouw van na de wijziging zich blijven verhalen op de goederen van de echtgenoten alsof zij nog in gemeenschap van goederen waren gehuwd, mits beide echtgenoten en de derde ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling hun gewone verblijfplaats in Nederland hadden, art. 5 WCHv. In dat geval kan van benadeling geen sprake zijn omdat verhaal plaatsvindt alsof de echtgenoten nog in de wettelijke gemeenschap waren gehuwd.

27.2.4 Verhaalsmogelijkheden bij een verandering van de Duitse Gütertrennung naar de Nederlandse gemeenschap van goederen

Bij de overgang van de Gütertrennung naar de Nederlandse gemeenschap van goederen geldt, afgezien van de in het slot van onderdeel 27.2.2 genoemde Zugewinnausgleichsforderung, hetzelfde als in het genoemde onderdeel, omdat het goederenstelsel van de Zugewinnngemeinschaft qua uitgangspunt

²⁰ Zie voor de afwikkeling onderdeel 21.1.1.

met dat van de Gütertrennung overeenstemt. Beide stelsels gaan immers uit van scheiding van goederen.

27.2.5 Verhaalsmogelijkheden bij een verandering van de Nederlandse wettelijke gemeenschap naar de Duitse Gütergemeinschaft

Zoals in het internrechtelijke deel al is beschreven, wordt naar Duits recht aangenomen, dat schulden van echtgenoten die zijn ontstaan voordat de (Duitse) gemeenschap van goederen ontstond, dubbelt angelehnte Gesamthandsschulden zijn, zie onderdeel 15.3.1. Dat heeft tot gevolg dat zij op de vermogens van beide echtgenoten verhaald kunnen worden, §§ 1438 en 1459 BGB. Dit moet mijns inziens naar Nederlands IPR ook worden aangenomen voor schuldeisers uit de periode dat de Nederlandse gemeenschap van goederen van toepassing was. De regel van de 'terugwerkende kracht' van art. 6 Verdrag en de bescherming van de positie van de derde belet mijns inziens niet dat voor de toepassing van de regels van § 1438 e.v. BGB de periode van de Nederlandse gemeenschap als voorgemeenschappelijke periode voor de Duitse gemeenschap mag mogen worden aangemerkt.²¹ Ook vanuit de Duitse optiek mag kan mijns inziens aannemen dat de in §§ 1438/1459 BGB bedoelde periode mede de tijd beslaat dat een ander stelsel dan de Duitse gemeenschap van goederen gold.

Wordt hiermee een schuldeiser benadeeld die voor de overgang een vordering op een der echtgenoten naar Nederlands recht had verkregen? Men moet ter vaststelling van zijn positie vergelijken tussen het geval dat naar Nederlands recht verhaal mogelijk is voor schuldeisers op het vermogen van de debiteur en de gemeenschap, en de situatie dat naar Duits recht verhaal mogelijk is op alle goederen van beide echtgenoten. Is de financiële positie van de ene echtgenoot dusdanig dat diens schuldeisers na de overgang gebruik moeten maken van goederen van de andere echtgenoot om hun schulden te verhalen, waarop zij naar Nederlands recht geen verhaal hadden kunnen nemen, dan is ook hier weer sprake van benadeling en dient deze door een soort voorrecht bij de uitwinning worden gecompenseerd, zoals dit reeds eerder is besproken.

Evenals in onderdeel 27.2.3 moet mijns inziens worden vergeleken met de verhaalssituatie ten tijde van de gemeenschap naar Nederlands recht en niet met de ontbindingssituatie, die optreedt tengevolge van de rechtskeuze door de echtgenoten. Het Verdrag geeft hier geen direct antwoord op.

Het komt mij voor dat dit probleem zich zelden zal voordoen. In het algemeen neemt men aan dat schuldeisers door toepassing van de Duitse regel zijn gebaat omdat zij nu, anders dan bij de Nederlandse gemeenschap, de

²¹ Terugwerkende kracht houdt mijns inziens in dat alle ten tijde van de overgang aanwezige goederen door de overgang wordt betroffen, niet dat het oude stelsel moet worden 'weggedacht', zie onderdeel 17.1.3.

privévermogens van beide echtgenoten kunnen uitwinnen. Hebben de echtgenoten samen voldoende vermogen om hun schulden te voldoen, dan zal zich geen benadeling voordoen, omdat voldoende vermogensbestanddelen aanwezig zullen zijn om alle schulden te voldoen.

27.2.6 Verhaalsmogelijkheden bij een verandering van de Duitse Güter-gemeinschaft naar de Nederlandse gemeenschap van goederen

Daarbij zijn twee varianten te onderscheiden:

a. De echtgenoten hadden eerst gemeenschappelijke Verwaltung
Echtgenoten die als bestuursregeling de gemeinschaftliche Verwaltung hebben, moeten met betrekking tot gemeenschappelijke goederen steeds gemeenschappelijk handelen (eventueel met behulp van volmachten); zij zijn (daarom) hoofdelijk aansprakelijk voor alle gemeenschapsschulden, die op de gemeenschap verhaald kunnen worden. Daarnaast kunnen zij ook privéschulden aangaan ten aanzien van hun Vorbehaltsgüter, die daarop verhaald kunnen worden. Goederen die deel uitmaken van het Sondergut worden bestuurd voor rekening van de gemeenschap en alle schulden die in verband daarmee worden aangegaan, zijn op de gemeenschap verhaalbaar.²²

Uit dit systeem volgt dat ook na de overgang naar de Nederlandse gemeenschap van goederen alle gemeenschappelijk aangegane schulden verhaalbaar blijven op alle vermogensbestanddelen van de echtgenoten. Voor schulden met betrekking tot Sondergüter zal de gebruikelijke Nederlandse verhaals-situatie ontstaan: verhaal is mogelijk op de gemeenschap en de privégoederen van de echtgenoot-schuldenaar volgens de regels voor privéschulden voorzover de Sondergüter privé blijven na de overgang.²³ Anders worden het gewone gemeenschapsschulden.

Kunnen er nog benadeelde schuldeisers voorkomen? Omdat beide echtgenoten hoofdelijk schuldeiser zijn, blijven na de overgang alle vermogens voor verhaal van gemeenschapsschulden beschikbaar. Ten aanzien van vorderingen die Vorbehaltsgüter betreffen, verandert de positie van deze crediteuren in zoverre, dat deze goederen in de regel tot de gemeenschap naar Nederlands recht zullen gaan behoren, waardoor de verhaalsrechten van schuldeisers uit de Duitse gemeenschap concurreren met die van schuldeisers die onder het regime van de Nederlandse goederengemeenschap een gemeenschapsvordering hebben verkregen. Vóór de overgang was het gedeelte dat bij het Vorbehaltsgut hoorde, verhaalstechnisch afgesplitst van de rest van het vermogen. Als oude crediteuren van degene, wiens privévermogen het hier betreft, benadeeld worden doordat nieuwe gemeenschapscrediteuren van de echtgenoten zich mede op de oude

22 Deze materie komt in hoofdstuk 6 uitgebreider aan de orde.

23 Zie onderdeel 21.1.6.

Vorbehaltsgoederen willen verhalen, dan dienen deze te worden gecompenseerd omdat anders een benadeling optreedt die volgens het Verdrag niet toelaatbaar is. Dit zou mijns inziens weer kunnen geschieden via een soort voorrang bij de uitwinning die in het voorgaande meerdere malen is voorgesteld.

b. De echtgenoten hadden Einzelverwaltung

Ten aanzien van schulden die de Verwalter was aangegaan, hadden zijn schuldeisers verhaal op de gemeenschap en op zijn Sondervermögen. Verhaal was dus niet mogelijk op zijn Vorbehaltsgut. Dat was voorbehouden aan schuldeisers die een vordering hadden met betrekking tot dat Vorbehaltsgut.

Na de overgang naar de Nederlandse wettelijke gemeenschap hebben alle crediteuren die een vordering op de ex-Verwalter krijgen, verhaal op diens privégoederen en de gemeenschap. Daarnaast zullen ook de schuldeisers van de andere echtgenoot aanspraken op gemeenschapsgoederen doen gelden. Dat kan benadeling van de oude Vorbehaltsschuldeisers van de Verwalter tot gevolg hebben omdat hun oude afgescheiden verhaalsmassa nu in de gemeenschap valt. Indien een oude Vorbehaltscrediteur ineens concurrentie krijgt van de latere crediteuren van de Verwalter, terwijl er te weinig vermogensbestanddelen zijn om hen allen te voldoen, dan zou hij hierdoor nadeel ondervinden. Ook hier zou het recht van voorrang bij de uitwinning soelaas kunnen bieden.

Ten aanzien van de schulden die de *andere* echtgenoot is aangegaan, verandert de overgang de situatie ingrijpend. Tijdens de Duitse gemeenschap van goederen kon deze echtgenoot in normale omstandigheden alleen schulden aangaan die op zijn Vorbehaltss- en Sondergut verhaalbaar waren, § 1440 BGB.²⁴

Na de overgang zal ten aanzien van crediteuren die vorderingen hadden met betrekking tot het Sondergut in de regel geen grote verandering optreden voor zover de goederen ook naar Nederlands recht in het privévermogen van de echtgenoot overgaan op grond van hun verknochte karakter, art. 1:94 lid 3 BW. Bij de Vorbehaltsgüter ligt het genuanceerder. Bij verbintenissen betreffende de goederen die krachtens art. 1:94 lid 1 BW buiten de gemeenschap blijven, zoals erfenissen en schenkingen onder uitsluitingsclausule, moet mijns inziens worden aangenomen dat deze ook na de overgang privéschulden blijven. Naar Nederlands recht houdt dit niet in dat verhaal slechts mogelijk zou zijn op de privégoederen van de schuldenaar,

24 Verhaal op de gemeenschap door schuldeisers van de niet-Verwalter was alleen in uitzonderlijke gevallen mogelijk: indien hij gebruik maakte van het Notverwaltungsrecht, § 1429 BGB, een schuld aanging met Zustimmung of Ermächtigung door de Verwalter, wanneer deze echtgenoot verbintenissen aanging met betrekking tot zijn Vorbehaltss- of Sondergut die deel uitmaken van een Erwerbsgeschäft in de zin van § 1431 BGB, of indien de verbintenis ten laste kwam van zijn Sondergut. Zie hierover MünchKomm (Kanzleiter), Randnr. 5 bij § 1437 en Randnr. 1 bij § 1440, zie onderdeel 6.2.2.

maar geldt de bijzondere regel van art. 1:96 lid 1 BW: verhaal is ook mogelijk op gemeenschapsgoederen tenzij de andere echtgenoot goederen van de echtgenoot-schuldenaar aanwijst die voldoende verhaalsmogelijkheden bieden. Deze regeling is mijns inziens niet van toepassing op goederen die slechts krachtens bestemming in de huwelijksvoorwaarden Vorbehaltsgut geworden waren. Deze zullen immers na de overgang gewoon in de gemeenschap van goederen vallen. Het privékarakter zal dan verdwenen zijn zodat er geen reden is om het verhaal te concentreren op de privégoederen en een récompense aan te nemen als de schuld uit gemeenschapsgoederen is betaald. Daar is immers ook het goed in terecht gekomen waarop de schuld betrekking had. Voor eventuele bescherming van benadeelde schuldeisers geldt hetzelfde als hiervoor is opgemerkt over de verdragsbescherming die zij genieten.

27.2.7 Verhaalsmogelijkheden bij een verandering van de Nederlandse scheiding van goederen naar de Duitse Gütergemeinschaft

De schuldeisers van de echtgenoten die zich voor de verandering konden verhalen op de eigendommen van de echtgenoot-debiteur, kunnen zich na de verandering verhalen op alle goederen van beide echtgenoten, omdat schulden die zijn ontstaan voor het begin van de Gütergemeinschaft dubbelt angelehnte Gesamthandsschulden zijn, zie de onderdelen 21.1.7 en 27.2.5. Het nieuwe recht is in dit geval gunstiger dan het oude, waardoor zich benadeling in de verhaalssfeer door de overgang nauwelijks zal voordoen. Schuldeisers kunnen alleen worden benadeeld, indien de andere echtgenoot meer schulden dan baten had op het moment van de overgang. Aangezien echtgenoten er in dat geval niet toe zullen overgaan om over te stappen op een stelsel dat boedelmenging tot gevolg heeft, zal het zich praktisch nooit voordoen dat schuldeisers benadeeld zullen worden door de overgang. Als desondanks uitzonderlijkerwijs toch benadeling optreedt zal mijns inziens op grond van de ratio van het Verdrag weer de bijzondere bescherming door het voorrecht bij verhaal op de goederen kunnen worden aangenomen.

27.2.8 Verhaalsmogelijkheden bij een verandering van de Duitse Gütergemeinschaft naar de Nederlandse scheiding van goederen

In dit geval moet de Gütergemeinschaft volgens de Duitse wettelijke regels worden afgewikkeld. § 1480 BGB is het Duitse equivalent van het Nederlandse art. 1:102 BW, maar heeft tot gevolg dat naast de echtgenoot-wederpartij, de daarvóór niet aansprakelijke echtgenoot na de overgang tot het geheel van de nog openstaande gemeenschapsschulden kan worden aangesproken, waarbij alleen verhaal gezocht mag worden op het gedeelte van de gemeenschapsgoederen, dat aan de niet-handelende echtgenoot is toegescheiden.

Deze overgang lijkt sterk op een verandering door internrechtelijke huwelijksvoorwaarden van de Duitse Gütergemeinschaft naar de Duitse Gütertrennung. Als op de gebruikelijke wijze volgens het Duitse recht is afgerekend zal het mijns inziens bijna nooit voorkomen dat de derde is benadeeld door de gang van zaken, aangezien na de overgang dezelfde goederen tot zijn beschikking staan, ook nadat zij tussen de echtgenoten zijn verdeeld.

Een uitzondering daarop is mogelijk: als voor de overgang de Vorbehaltsgüter van de andere echtgenoot, die voor eigen rekening waren bestuurd, § 1418 lid 3 BGB, bedolven werden door een grotere schuldenlast dan de waarde van de goederen rechtvaardigde, kan de oude gemeenschapsschuldeiser achter het net vissen omdat na de toedeling van de gemeenschapsgoederen aan de echtgenoten ook de oude Vorbehaltsschuldeisers verhaal kunnen nemen op de goederen die daarvoor tot de gemeenschap behoorden. Tijdens het bestaan van de gemeenschap lagen zij immers buiten het bereik van deze schuldeisers. Aangezien deze scheiding van vermogens na de overgang is weggefallen, kunnen zij deze goederen nu ook als verhaalsobjecten gebruiken, waardoor de oude gemeenschapsschuldeisers ineens nieuwe concurrenten zien opdoemen. Mocht hierdoor een beperking van hun verhaalsmogelijkheden ontstaan dan kan ik mij voorstellen dat men weer zijn toevlucht zou kunnen nemen tot de constructie dat de oude gemeenschapsschuldeisers zich bij voorrang op de oude gemeenschapsgoederen mogen verhalen.

27.3 Verhaalsproblemen bij automatische overgangen

Bij automatische veranderingen van het regime van echtgenoten die in Nederland wonen, ongeacht de oorzaak ervan, gaat men ervan uit dat de onder het oude regime verkregen goederen blijven vallen onder die wet en dat het nieuwe stelsel alleen geldt voor de nadien aangeschafte goederen. Concreet betekent dit dat, behoudens in gevallen van zaaksvervangings,²⁵ de oude goederen voor verhaal door de oude schuldeisers beschikbaar blijven. Mocht door een zaaksvervangingscomplicatie een schuldeiser benadeeld worden, dan lijkt mij de noodweg via het voorrecht bij verhaal ook hier een verdedigbare optie. Hadden echtgenoten het oude stelsel niet ingeschreven in het register dan mochten, mits aan de overige voorwaarden van art. 5 WCHv was voldaan, crediteuren van de echtgenoten uitgaan van de Nederlandse wettelijke gemeenschap. Dit is ook het stelsel waarin echtgenoten na de wijziging gehuwd zijn, aangezien de automatische overgangen van art. 7 Verdrag steeds leiden tot toepasselijkheid van het woonlandrecht van de

²⁵ Zie onderdeel 21.3.

echtgenoten. Jegens derden is dan geen sprake van enige wijziging.

Wonen de echtgenoten in Duitsland dan zal de automatische verandering steeds leiden tot toepasselijkheid van de Duitse Zugewinnngemeinschaft, waarbij men in het oog moet houden dat de wagon van het vorige stelsel blijft 'meereizen'. Leidt de automatische verandering tot een overgang van Nederlands naar Duits recht dan blijft de oude gemeenschap bestaan met de daarbij behorende verhaalsmogelijkheden voor de schuldeisers, zie de art. 1:95 en 96 BW. Aan beëindiging van de Nederlandse wettelijke gemeenschap op grond van een overgang van het ene naar het andere regime komt men niet toe. De oude schuldeisers van de man hebben ook, net als degenen die pas na de overgang een vordering op hem verkregen, verhaal op diens na de overgang verkregen privégoederen. Vice versa geldt dit ook voor de schuldeisers van de vrouw. Deze verhaalsrechten worden niet beïnvloed door een inschrijving in het Güterrechtsregister aangezien ook bij een ontbrekende inschrijving verhaal op de gemeenschapsgoederen mogelijk is. Dit is immers het werkelijk geldende stelsel, art. 9 Verdrag. Een praktische voorwaarde daarvoor is wel dat de schuldeisers van de gelding van de Nederlandse wettelijke gemeenschap op de hoogte zijn, maar dit is niet noodzakelijkerwijs gekoppeld aan registratie in het Güterrechtsregister.

27.4 Verhaalsproblemen bij een behoud-keuze binnen een redelijke termijn na een automatische verandering

Zoals reeds in onderdeel 21.3 werd uitgewerkt, gaat men er bij een geldige behoud-keuze ervan uit, dat het oude stelsel steeds van kracht is gebleven. Daarop voortbouwend kan ik ten aanzien van de verhaalsmogelijkheden het volgende vaststellen.

Derden die van het geheel, dus van de wijziging en het daarop volgende veto, niets wisten, zullen uitgaan van voortdurende gelding van het oude recht. Dit zal het merendeel van de crediteuren betreffen. Deze zullen, mits zij op de hoogte zijn van de toepasselijkheid van het buitenlandse recht, terecht van de gelding ervan uitgaan. Hebben echtgenoten niets in het huwelijksgoederenregister ingeschreven, dan mogen derden te goeder trouw, die aan de vereisten voldoen van art. 5 WCHv, voor en na de automatische wijziging gelding van het Nederlandse stelsel aannemen en kunnen zij verhaal nemen op alles wat binnen de Nederlandse wettelijke gemeenschap zou vallen. Hier zal geen noodzaak zijn voor een extra bescherming wegens benadeling van de crediteuren, omdat deze niet door een plotselinge wijziging van het regime worden overvallen waardoor de taxaties die zij over de verhaalbaarheid van bepaalde vorderingen konden maken, niet meer juist zouden blijken te zijn.

Buiten de gevallen dat het vertrouwen van de crediteuren wordt beschermd

door art. 5 WCHv, kan het mijns inziens niet voorkomen dat zij ervan uit mogen gaan dat het Nederlandse recht automatisch van toepassing is geworden. Zoals ik reeds in onderdeel 21.3 heb uitgewerkt, kan een derde nooit te goeder trouw menen dat de automatische wijziging had plaatsgevonden indien de termijn voor het uitbrengen van een behoud-verklaring nog niet was verstreken. Gaat hij er wel van uit dat nu de Nederlandse gemeenschap van goederen geldt, dan doet hij dit op eigen risico. Mocht achteraf blijken dat de behoudverklaring tijdig is uitgebracht dan zal moeten worden aangenomen dat verhaal op goederen die achteraf gezien exclusief eigendom waren gebleven van de andere echtgenoot (die niet aansprakelijk is voor de schuld), ten onrechte was uitgeoefend met alle gevolgen van dien. Hierop zal ik in dit kader niet verder ingaan. Dit geldt overeenkomstig ook voor een overgang naar het Duitse recht maar dat is daar minder van belang omdat de verhaalsmogelijkheden van een derde op de goederen der echtgenoten onder de Zugewinnngemeinschaft minder royaal zijn dan die, wanneer de Nederlandse gemeenschap van goederen geldt.

27.5 Verhaalsproblemen indien echtgenoten na een automatische verandering al hun bestaande goederen onder het nieuwe regime brengen ex art. 8 lid 2 Verdrag

Deze overgang moet naar mijn mening op dezelfde wijze worden beoordeeld als een overgang krachtens rechtskeuze van art. 6 Verdrag. Alle goederen van de echtgenoten komen hetzij door de automatische overgang, hetzij door de verklaring van de echtgenoten onder het nieuwe regime.

Aangezien bij echtgenoten die eerst naar Duits recht waren gehuwd, alleen een overgang naar hun (nieuwe) woonlandrecht in aanmerking komt, is de situatie voor derden dezelfde als in onderdeel 27.2.2: overgang van de Zugewinnngemeinschaft naar de Nederlandse wettelijke gemeenschap. Ook hier blijven de rechten van derden onverlet, art. 8 lid 2 Verdrag.

Bij de omgekeerde situatie, overgang naar de Duitse Zugewinnngemeinschaft, geldt hetzelfde als in onderdeel 27.2.3 beschreven. In dit geval zal de notaris ervoor zorgen dat de echtgenoten de Nederlandse gemeenschap eerst afwikkelen. Art. 5 WCHv speelt in deze constellatie geen rol omdat de echtgenoten niet in Nederland wonen op het moment waarop zich de overgang naar de Zugewinnngemeinschaft voltrekt op grond van art. 7 Verdrag.

De verhaalspositie van derden jegens (ex)echtgenoten na beëindiging van de Zugewinnngemeinschaft, de Gütertrennung en de gemeinschap van goederen naar Duits internationaal privaatrecht

In dit hoofdstuk zal worden behandeld of een derde die niet op de hoogte is van een verandering in het huwelijksgoederenregime van zijn gehuwde schuldenaar naar Duits IPR, gevolgen van de overgang ondervindt. Naar Duits IPR valt de vraag naar de verhaalbaarheid op de vermogens van de echtgenoten onder het huwelijksgoederenrecht.¹ Indien in een concreet geval is vastgesteld dat de derde is benadeeld, zal worden bekeken of de benadeelde partij een correctiemogelijkheid heeft.

In het hoofdstuk zal ik de gevolgen van het beëindigen van het huwelijk door echtscheiding of overlijden voor het Duitse recht niet expliciet uitwerken.² Indien het huwelijk door echtscheiding eindigt, wordt de Zugewinnausgleich berekend indien de Zugewinnngemeinschaft als regime toepasselijk was. Dit leidt tot het ontstaan van een concurrente vordering van de ene op de andere echtgenoot. Verhaalstechnisch is deze vordering alleen in zoverre van belang, dat zij met andere vorderingen van derden op de echtgenoot-debiteur moet concurreren. Eindigt het huwelijk door het overlijden van een of beide echtgenoten, dan vindt een complexe berekening van de Zugewinn plaats die deels afhankelijk is van het toepasselijke erfstatuut, maar deze onderwerpen laat ik verder buiten beschouwing omdat zij te ver verwijderd liggen van mijn onderwerp.

Regelmatig zal aan het eind van een onderdeel worden aangegeven of een overgang naar Duits en Nederlands IPR verschillende gevolgen heeft op het terrein van de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers van de echtgenoten.

WERKING VAN § 1362 BGB BIJ ALLE ECHTGENOTEN VOOR WIE DITS HUWELIJSGEVOLGENRECHT GELDT

Bij dit geheel moet men voor ogen houden dat indien voor de echtgenoten ook het Duitse huwelijksgevolgenrecht geldt, tevens § 1362 BGB van

1 Staudinger-Von Bar/Mankowski, Art. 15 EGBGB Rn 271.

2 De huwelijksvermogensrechtelijke echtscheidingsgevolgen worden uitgewerkt in het proefschrift van Van Maas de Bie, Osnabrück 1997.

toepassing is.³ Daardoor mogen schuldeisers van de man ten aanzien van alle goederen die hij in (Mit)besitz heeft, aannemen dat deze aan hem toebehoren en zich erop verhalen. Voor de schuldeisers van de vrouw geldt dit principe eveneens. In de praktijk heeft dit met name betrekking op de goederen in de echtelijke woning. In het vervolg zal ik de werking van § 1362 BGB niet steeds apart vermelden.

BIJZONDERE DERDENBESCHERMING EX ART. 16 LID 2 EGBGB j° § 1362 BGB
Bij echtgenoten met buitenlands huwelijksgevolgenrecht, waarvoor § 1362 BGB niet van rechtswege geldt, kan de derde, mits hij te goeder trouw is, een beroep doen op art. 16 lid 2 EGBGB j° § 1362 BGB. Hiervoor gelden drie vereisten.

Ten eerste: art. 16 lid 2 EGBGB j° § 1362 BGB geldt alleen wanneer het verhaal wordt uitgeoefend ten aanzien van een roerende zaak die in Duitsland is gelegen.⁴ Ten tweede moet de wederpartij van de echtgenoot te goeder trouw zijn. Deze eis is voor dit artikellid erg licht: zolang de wederpartij van de werkelijke verhoudingen niet op de hoogte is en ook niet opzettelijk of door grobe Fahrlässigkeit daarvan onwetend is, geldt zij als te goeder trouw in de zin van dit artikel.⁵ Tot slot moet de Duitse bepaling voor de derde gunstiger zijn dan de uitkomst op basis van het vreemde recht, waarbij het hier aankomt op het huwelijksgevolgenrecht, omdat § 1362 BGB in het IPR tot het huwelijksgevolgenrecht wordt gerekend. De uitwerking van ‘gunstiger’ in deze context is dezelfde als in het kader van art. 16 lid 2 EGBGB j° § 1357 BGB, zie onderdeel 24.2.1.

Voor de derde, die verhaal zoekt, wordt de gelding van § 1362 BGB aangenomen als de verhaalsmogelijkheden van het Duitse recht gunstiger zijn dan die van het tussen de echtgenoten geldende buitenlandse regime.⁶ Bij deze bepaling lijkt mij dat geen probleem omdat een derde niet gedwongen is om verhaal te nemen op de goederen die hem door het Duitse recht ‘extra’ in de schoot worden geworpen.

Art. 16 lid 2 EGBGB is eenzijdig geformuleerd.⁷ Slechts de bescherming van het Duitse rechtsverkeer wordt gewaarborgd. Sommige auteurs bepleiten een analoge toepassing van de regel op buitenlandse verhoudingen. Von Bar wijst erop dat bescherming van het buitenlandse rechtsverkeer door de Duitse bepalingen (en daarmee door de Duitse rechter) niet uitgesloten is indien het buitenlandse recht een vergelijkbare regeling kent, maar hij had liever gehad

3 Voor de inhoud van deze bepaling zie onderdeel 15.2.

4 Von Bar, IPR II, Randnr. 189; Palandt/Heldrich, Randnr. 3 bij art. 16 EGBGB.

5 Von Bar IPR II, Randnr. 189, relateert dit aan de eisen van § 932 lid 2 BGB.

6 Kropholler, IPR, p. 322; MünchKomm (Siehr), Randnr. 28 bij art. 16 EGBGB. Dit is de heersende leer.

7 Dit geldt niet alleen voor de toepassing van § 1362 BGB in IPR-gevallen maar ook voor de andere daarin genoemde beschermingsbepalingen. Zie Soergel/Schurig Randnr. 21-22 bij art. 16 EGBGB.

dat de wetgever deze opvatting ook in de wetstekst had neergelegd.⁸ De wetgever heeft analoge toepassing niet uitgesloten in gevallen waarin het buitenlandse recht een vergelijkbare bescherming kent.⁹ In het navolgende zal een aantal overgangen meer in concreto worden onderzocht.

28.1 Overgang van de Duitse Zugewinnngemeinschaft naar de Nederlandse wettelijke gemeenschap van goederen

Deze eerste overgang betreft de verandering van een stelsel van gescheiden vermogens naar dat van een gemeenschappelijk vermogen dat in beginsel alle goederen der echtgenoten omvat, de uitzonderingen van art. 1:94 BW daargelaten. De vraag is of derden hiervan verhaalsrechtelijke nadelen kunnen ondervinden.

Na de overgang moet in ieder geval de Zugewinnausgleichs-vordering worden vastgesteld en op termijn worden voldaan, maar de verandering van verhaalsmogelijkheden die uit de uitvoering van die verplichting voortvloeit, moeten derden mijns inziens voor lief nemen aangezien het een wettelijke verplichting betreft.

Nadat de overgang heeft plaatsgevonden, kunnen wij twee situaties aantreffen. De *eerste* betreft het geval dat de derde te goeder trouw niets weet van de overgang. In dat geval kan hij zich, aangezien er geen inschrijving in het Güterrechtsregister heeft plaatsgevonden, op art. 16 lid 2 EGBGB j° § 1362 BGB beroepen, daardoor uitgaan van de Zugewinnngemeinschaft, en zich blijven verhalen op de goederen die zijn schuldenaar in zijn (mede-)bezit heeft, naast het overige privévermogen van laatstgenoemde.

In de *tweede* situatie is de derde wel op de hoogte van de verandering en zal hij van het feit kunnen profiteren dat verhaal vanaf dat moment op de gehele gemeenschap én de privégoederen van zijn schuldenaar mogelijk is. Dit leidt tot uitbreiding van dit verhaalsrecht omdat de goederen die door de werking van § 1362 BGB binnen het verhaalsbereik worden gebracht, in de nieuwe gemeenschap zullen vallen. Een uitzondering betreft de nieuwe privégoederen van de andere echtgenoot die aan verhaal van de crediteur in de nieuwe situatie zijn onttrokken. Naar Nederlands intern recht kan door hem daarop geen verhaal worden genomen.

Tenzij echtgenoten samen meer schulden dan activa bezitten, zullen er altijd genoeg vermogensbestanddelen zijn tot verhaal van alle schulden. Men noemt immers als een van de aspecten van het Nederlandse stelsel dat de verhaalsmogelijkheden naar Nederlandse recht wel erg ruim bemeten zijn.

Vast staat dat na de overgang praktisch alle inkomsten van de echtgenoten in de gemeenschap vloeien zodat er in ieder geval meer kans op verhaals-

8 Von Bar, IPR II, Randnr. 189. Ook Kropholler is voor een dergelijke analogie, IPR, p. 322-323.

9 BT-Drucksache 10/504, p. 59; zie ook Soergel/Schurig, Randnr. 22 bij art. 16 EGBGB.

massa voor de schuldeisers aanwezig is. Ik kan mij nauwelijks voorstellen dat echtgenoten juist deze overgang kiezen om tot verkorting van verhaalsmogelijkheden van hun crediteuren te komen.

KORTE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKING

In het Nederlandse recht geldt op grond van art. 6 Verdrag een splitsing van verhaalsmassa's zodat goederen die eens de verhaalsmassa van een schuldeiser vormden, ook na de overgang daarvan deel blijven uitmaken, zie onderdeel 27.2. Dat verhindert niet dat nieuwe schuldeisers van de echtgenoot daar ook hun vorderingen op zullen verhalen omdat deze goederen behoren tot het vermogen van hun schuldenaar. Door de overgang wordt alleen bereikt dat de goederen die na de overgang zijn verkregen, niet meer exclusief tot verhaal dienen van de schuldeisers van de handelende echtgenoot maar, voor zover ze in de gemeenschap vallen, ook tot verhaal van de schuldeisers van de andere echtgenoot kunnen dienen. Bij benadeling van een 'oude' schuldeiser is in het vorige hoofdstuk een soort voorrang bij verhaal als verdragsconforme oplossing voorgesteld.

In het Duitse recht daarentegen wordt ervan uitgegaan dat alle goederen die in de periode voor de overgang zijn verkregen maar door de overgang in de gemeenschap van goederen zijn terecht gekomen, voor alle schuldeisers, daaronder begrepen de oude schuldeisers van de andere echtgenoot, tot verhaalsobject kunnen dienen. De positie van de oude schuldeisers die op de hoogte zijn van de overgang, is derhalve in zoverre ruimer dan die van de oude schuldeisers in het Nederlandse recht, omdat eerstgenoemden in beginsel quasi met terugwerkende kracht de beschikking krijgen over goederen waarop zij zich voor de overgang niet konden verhalen. In de praktijk zal dit weinig verschil maken omdat de meeste Duitse schuldeisers pas later van de overgang op de hoogte geraken (zo dat ooit gebeurt) en zij zich in de praktijk voornamelijk zullen verhalen op de goederen die aan hun schuldeiser toebehoorden of ex art. 16 lid 2 j° § 1362 BGB werden geacht aan hem toe te behoren.

28.2 Verandering van de Nederlandse wettelijke gemeenschap van goederen naar de Duitse Zugewinnngemeinschaft of de Duitse Gütertrennung

AFWIKKELING VOLGENS HET OUDE OF HET NIEUWE RECHTSSTELSEL?

Op dit terrein hangt de positie van derden ervan af, welke theorie men aanhangt inzake de afwikkeling van het eerdere stelsel. Wanneer men conform de opvatting van de wetgever¹⁰ afwikkelt naar de bepalingen van het

¹⁰ BT-Drucksache 10/504, p. 58, zie onderdeel 18.3.2.

nieuwe stelsel, leidt dit tot het resultaat dat de andere echtgenoot volgens het Duitse equivalent van art. 1:102 BW, § 1480 BGB, voor het geheel van de nog openstaande schuld kan worden aangesproken met als maximum de hem toegescheiden goederen. Dit betekent in dit geval dat alle aan een echtgenoot toegescheiden goederen voor de schuldeiser van de andere echtgenoot als verhaalsobject kunnen dienen, zonder dat de beperking van art. 1:102 BW geldt.

Dit resultaat komt mij vreemd voor. Dit zou een reden kunnen zijn om naar het nieuwe recht te toetsen of er een afwijking van het oude stelsel moet plaatsvinden. Indien dit nodig is, moet de daadwerkelijke afwijking volgens het oude recht geschieden, i.c. volgens de regels van art. 1:102 BW. De effectuering van de afwijking naar het oude recht zou mijns inziens tot betere resultaten leiden omdat dan meer recht zou worden gedaan aan de vereisten van de internationale beslissingsharmonie, waar het Duitse recht door zijn vergaande renvoi-regeling klaarblijkelijk veel waarde aan hecht. Het komt mij ook vreemd voor dat bij beëindiging van de Nederlandse gemeenschap ineens de Duitse aansprakelijkheids- en verhaalsregels toepasselijk zouden worden. Deze passen er mijns inziens niet bij, omdat de Nederlandse goederengemeenschap een andere bestuursregeling kent die de neerslag is van een ander basisprincipe. In Nederland gaat men, ondanks het bestaan van een gemeenschap, van de bestuursrechtelijke onafhankelijkheid van de echtgenoten uit. Daarbij past wel een beperkte aansprakelijkheid na opheffing van de gemeenschap,¹¹ maar niet een aansprakelijkheid voor het geheel van de schulden die de andere echtgenoot heeft aangegaan. In het Duitse systeem, waarbij men hetzij uitgaat van gemeenschappelijk bestuur met hoofdelijke aansprakelijkheid, hetzij van Einzelverwaltung waar de andere echtgenoot min of meer rechteloos is, ligt gemeenschappelijke aansprakelijkheid meer voor de hand. Vermenging van die twee systemen leidt mijns inziens tot ongewenste resultaten. Ik vraag mij daarom af of de genoemde passage uit de parlementaire toelichting letterlijk bedoeld is.

Naast deze argumenten mag men ook niet uit het oog verliezen dat de schuldeisers er niet op rekenen dat de afwikkeling volgens een ander recht verloopt dan geldt op het moment waarop zij hun vordering verkrijgen.

GEVOLGEN VOOR DERDEN

De gevolgen voor het verhaal van schuldeisers bij de overgang van de Nederlandse gemeenschap naar de Duitse Zugewinnngemeinschaft en de Gütertrennung zijn bij toepassing van de bovengenoemde theorie niet anders dan bij een andere beëindigingsgrond voor de Nederlandse gemeenschap: de schuldeisers kunnen verhaal nemen volgens art. 1:102 BW.¹²

¹¹ Dat is verklaard in hoofdstuk 6.

¹² Het Duitse recht kent geen rechterlijke controle in de zin van art. 1:119 BW bij de overgang van het ene naar het andere regime.

Was een crediteur van een der echtgenoten niet op de hoogte van de gelding van de Nederlandse wettelijke gemeenschap en de daarbij behorende ruime verhaalsmogelijkheden dan zal hij zich in de praktijk hebben beperkt tot die goederen die volgens de Zugewinnngemeinschaft tot zijn verhaalsmassa zouden hebben behoord. Dit zal in de regel minder verhaalsruimte bieden. Tegen zijn eigen onkunde wordt de derde niet beschermd.

VERGELIJKING MET DE AFWIKKELING NAAR NEDERLANDS IPR

Deze vergelijking is moeilijk te maken omdat het naar Nederlands IPR verschil maakt wat de reden voor de overgang is. Betreft het een overgang krachtens rechtskeuze dan gelden de rechtsgevolgen die zijn geschetst in onderdeel 27.2.2. Is daarentegen de overgang van rechtswege op grond van art. 7 geschied, dan blijft het wagonstelsel intact, zie voor de gevolgen onderdeel 27.3. In dat geval is afwikkeling van het eerdere stelsel minder voor de hand liggend.

28.3 Overgang van de Duitse Gütertrennung naar de Nederlandse gemeenschap van goederen

Voor deze overgang geldt in grote lijnen hetzelfde als in het eerste onderdeel van dit hoofdstuk. Het verschil tussen de regimes van Gütertrennung en Zugewinnausgleich ligt immers in het feit dat bij het einde van de Zugewinnngemeinschaft de echtgenoten de verkregen Zugewinn vereffenen. Maar daaruit vloeien verder geen rechten voor de daardoor in hun verhaal verkorte schuldeisers van de echtgenoten voort. Overigens is er geen verschil tussen de situaties onder 28.1 en 28.3.

28.4 Overgang van de Nederlandse wettelijke gemeenschap naar de Duitse Gütergemeinschaft

Bij deze overgang worden de meeste gemeenschapsgoederen naar Nederlands recht weer gemeenschapsgoederen in de Duitse gemeenschap, tenzij echtgenoten een gemeenschap van kleinere omvang hebben gecreëerd door de bestempeling tot Vorbehaltsgut van een groter deel van hun vermogen dan naar Nederlands recht privé was. Zoals reeds eerder in onderdeel 22.1.5 is betoogd, hebben wij in het goederenrecht te maken met een min of meer geruisloze overgang en wordt niet eerst de Nederlandse gemeenschap afgewikkeld waarna weer boedelmenging op grond van het Duitse recht plaatsvindt.

De vraag is of deze overgang in het kader van het verhaalsrecht even geruisloos verloopt. Men kan zich daarbij afvragen of de bepalingen van

§ 1438/1459 BGB omtrent verbintenissen die vóór de (Duitse) gemeenschap zijn ontstaan, hier een functie hebben. Moet men wellicht aannemen dat deze bepalingen bij de overgang naar de Duitse gemeenschap in dit geval niet van toepassing zijn omdat al een gemeenschap bestond - weliswaar naar Nederlands recht, maar toch een gemeenschap - die tot gevolg heeft dat niet van een 'voorgemeenschappelijke periode' gesproken kan worden indien men de periode bedoelt, waarin de Nederlandse gemeenschap het toepasselijke regime was. Gezien de vergaande consequenties op het gebied van de aansprakelijkheid van de Verwalter(s) voor alle schulden die de echtgenoten voor het begin van de gemeenschap zijn overeengekomen, zou ik vanuit Nederlands standpunt ervoor pleiten om eerst het verhaal van de schuldeisers op grond van het Nederlandse stelsel volgens art. 1:102 BW af te ronden en de resultaten daarvan als uitgangspunt voor de nieuwe situatie te nemen.

Anderzijds kan ik mij vanuit Duits standpunt, waar de §§ 1438/1439 BGB immers in ieder geval gelden in internrechtelijke overgangen naar de gemeenschap, voorstellen dat de Nederlandse oplossing van art. 1:102 BW niet ver genoeg gaat. Indien men mijn uitleg over de werking van art. 1:102 BW volgt, zie onderdeel 28.2, zijn de gevolgen goed in te passen in het verhaalspatroon dat gold tijdens de gemeenschap. Daarin zou ik een extra argument willen zien om bij deze overgang niet van de Duitse §§ 1438/1459 BGB uit te gaan. Aangezien in het Duitse recht deze kwestie nog niet is beslist, is over deze kwestie nog niet het laatste woord gesproken.

Indien men uitgaat van de 'art. 1:102 BW-oplossing', zoals ik haar zal noemen, veranderen de verhaalsmogelijkheden van de gemeenschapsschuldeisers die naar Nederlands recht een vordering op een van de echtgenoten hadden verkregen, in beginsel door de overgang in zoverre dat vermogensbestanddelen die eerst tot het privédoomein van de andere echtgenoot behoorden, voor de helft van de schuld kunnen worden aangesproken voor verhaal. Naar Duits IPR is niet relevant of dit tot benadeling van de oude schuldeisers leidt. Of er in concreto benadeling van oude schuldeisers optreedt, hangt mede ervan af welk regime de echtgenoten na de overgang hebben gekozen: bij Einzelverwaltung is de niet-besturende echtgenoot in beginsel¹³ niet bevoegd om een schuld ten laste van de gemeenschap aan te gaan, § 1437-1440 BGB,¹⁴ terwijl bij gemeenschappelijk bestuur alle vermogensbestanddelen van de echtgenoten verhaalsobject zijn voor de schulden die de echtgenoten gemeenschappelijk zijn aangegaan, tenzij zij privégoederen van

13 De uitoefening van een beroep of bedrijf met toestemming van de andere echtgenoot even daargelaten, maar dat is in het Nederlandse recht heel gewoon, art. 97 lid 2 BW. Alleen voor bedrijfsuitoefening met gebruikmaking van de goederen die onder het bestuur van de andere echtgenoot vallen, is toestemming vereist. Voor alle andere bedrijfsvoeringen geldt dat de vorderingen op de bedrijfsvoerende echtgenoot gewoon gemeenschapsschulden zijn, tenzij zij privégoederen betreffen.

14 Zie over dit onderwerp onderdeel 6.3. Betreft het een van de uitzonderingen van de genoemde bepalingen, dan kan niet alleen op de gemeenschap maar ook op het vermogen van de Verwalter verhaal gezocht worden door de crediteur van de andere echtgenoot, § 1437 BGB.

de echtgenoten betreffen.

Bij overgang naar de Duitse gemeenschap heeft een schuldeiser uit de 'Nederlandse periode' net zo min een middel om een verhaalsbeperking door de komst van een schuldeiser onder het nieuwe regime te voorkomen, als hij dat heeft ter afwering van verhaalsacties van latere crediteuren in hetzelfde regime.

Als de schuldeisers uit het Nederlandse tijdperk te goeder trouw niet op de hoogte zijn van de toepasselijkheid van het Nederlands huwelijksgoederenrecht maar mogen aannemen dat het Duitse recht geldt en pas bij de overgang op de hoogte raken van de gelding van de Duitse Gütergemeinschaft, zullen zij voor het tijdperk voor de overgang verhaal zoeken op de goederen der echtgenoten ex art. 16 lid 2 EGBGB j° § 1362 BGB, waarbij het enige verschil met het verhaalsrecht van de Nederlandse wettelijke gemeenschap is, dat naar Nederlands recht geen verhaal op de privégoederen van de niet-handelende echtgenoot mogelijk is, terwijl § 1362 BGB daar geen onderscheid tussen maakt.

Zijn derden voor en na de overgang te goeder trouw niet op de hoogte van alle perikelen dan geldt het vorenstaande inzake art. 16 lid 2 EGBGB j° § 1362 BGB voor de hele periode.

In het andere model, waarbij de afwikkeling plaatsvindt volgens het Duitse recht, verkrijgen alle schuldeisers die voor de overgang een vordering hadden op een der echtgenoten, in het stelsel van Einzelverwaltung een vordering die zij op de gemeenschap en de privégoederen van de Verwalter kunnen verhalen. Hebben echtgenoten gemeenschappelijke Verwaltung, dan mogen de crediteuren zich zelfs op alle goederen der echtgenoten verhalen.

Anders dan het Verdrag 1978 kent het Duitse IPR geen bescherming toe aan een schuldeiser die benadeeld wordt door een regimewijziging.

KORTE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKING

Staat in het Nederlandse IPR min of meer vast, welke verhaalsgevolgen de overgang voor de schuldeisers van de echtgenoten heeft, het Duitse recht daarentegen hult zich hier in dichte nevelen. Slechts veronderstellenderwijs kan men van een bepaalde oplossing uitgaan, maar deze onzekere positie lijkt mij onvoldoende basis voor een verantwoorde vergelijking van de gang van zaken bij deze overgang in de twee rechtssystemen. Hier wrekt zich het niet eensluidende standpunt van de Duitse heersende leer en de wetgever omtrent de afwikkeling van het eerdere regime. Gaat men uit van afwikkeling volgens de oude regels, dan is art. 1:102 BW van toepassing en kunnen de schuldeisers niet verder tegen eventuele nadelen ageren dan zij dit in het interne Nederlandse recht kunnen. Onafhankelijk van de beëindigingsgrond van de Nederlandse gemeenschap wordt immers dezelfde afwikkeling toegepast. De schuldeisers worden derhalve niet benadeeld door het geval dat ineens op een voor hen onverwachte wijze het regime tot een einde komt.

Daar staat tegenover dat bij afwikkeling krachtens het Duitse recht de toepassing van de genoemde aansprakelijkheidsverruimende bepalingen uit het Duitse recht een eenvormige oplossing in het Duitse IPR en het Duitse interne recht zou bewerkstelligen.¹⁵

28.5 Verandering van de Duitse Gütergemeinschaft naar de Nederlandse gemeenschap van goederen

Het hiervoor gezegde geldt ook voor deze variant: in het Duitse IPR bestaat geen consensus over de afwikkeling overeenkomstig het nieuwe dan wel het oude stelsel. 'Afwikkeling' volgens het nieuwe stelsel zou ertoe leiden dat - net als bij de inwerkingtreding van de Nederlandse gemeenschap bij de huwelijkssluiting - de echtgenoten aansprakelijk zijn voor de schulden die zij zelf hebben aangegaan, met de bijbehorende verhaalsmogelijkheden. Bij echtgenoten met gemeenschappelijke Verwaltung is dit een redelijke oplossing: zowel naar het nieuwe als naar het oude regime zijn zij hoofdelijk aansprakelijk en is verhaal mogelijk op al hun vermogen(s).

Bij Einzelverwaltung zal de Verwalter de meeste schulden hebben aangegaan welke volgens het Nederlandse systeem, vergelijkbaar met het Duitse recht, verhaalbaar zijn op de gemeenschap en zijn eigen vermogen. Slechts de positie van de privéschuldeisers van de andere echtgenoot verandert: deze kunnen na de overgang ineens verhaal nemen op de gemeenschap, hetgeen voor de overgang niet mogelijk was.

De leer die afwikkeling van het oude stelsel aanneemt voorzover dat mogelijk is, leidt tot toepasselijkheid van § 1480 BGB dat de echtgenoten aansprakelijk doet zijn voor het geheel van de nog openstaande gemeenschapsschuld met als maximum de hen toegescheiden goederen. Gezien de geruisloze goederenrechtelijke overgang vindt geen toedeling van de goederen plaats, zodat deze regeling hier naar de letter niet werkt. Uit praktisch oogpunt kies ik voor de volgende alternatieve oplossing.

a. De echtgenoten hadden gemeenschappelijke Verwaltung

Op de goederen van echtgenoten die voor de overgang gemeenschappelijke Verwaltung hadden, kunnen derden zich na de overgang volgens de hoofdregel verhalen voor oude gemeenschapsschulden: verhaal is mogelijk op alle goederen van de schuldenaar. Aangezien de echtgenoten hoofdelijk medeschuldenaar zijn is dat geen probleem, § 421 BGB.

Bij schulden met betrekking tot Vorbehaltsgüter zou men kunnen verdedigen dat deze ook na de overgang alleen verhaald kunnen worden op de oude Vorbehaltsgüter, ongeacht of deze na de overgang in de

¹⁵ Zie voor mijn opvatting omtrent de Nederlandse oplossing, onderdeel 23.2.4.

gemeenschap of het privévermogen vallen. Omdat de Vorbehaltsgüter die na de overgang in de gemeenschap vallen ook verhaalsobject zijn voor nieuwe gemeenschapsschulden naar Nederlands recht, kan dit tot benadeling van de oude Vorbehaltsschuldeiser leiden. Naar Duits IPR levert dat geen reden tot ingrijpen op omdat schuldeisers er nooit van uit mogen gaan dat echtgenoten niet door nieuwe maatregelen de verdeling van vermogensbestanddelen over hun vermogens wijzigen. Een waarborg dat verhaalsmogelijkheden niet verslechteren door een overgang, wordt naar Duits IPR niet gegeven.

Een vergelijkbare oplossing is mijns inziens ook aan te nemen voor oude Sondergüter. Bij de overgang naar de Nederlandse gemeenschap zal vaak het privé karakter behouden blijven maar er kunnen wel verschillen met betrekking tot de verdeling van de goederen over de verschillende vermogens na de overgang optreden. Men denke alleen al aan de erfenis onder uitsluitingsclausule die naar Duits recht in het Vorbehaltsgut viel en na de overgang samen met (een groot deel van) de oude Sondergüter in het privévermogen van de echtgenoot naar Nederlands recht overgaat. Ook de hierdoor veroorzaakte verschillen in verhaalsmogelijkheden worden niet gecompenseerd.

Dit levert een gecompliceerd beeld op waardoor de kans groot is dat de echtgenoten en daarmee ook derden niet meer de verschillende verhaalsregels kunnen toepassen. Als de derde voldoet aan de regels van art. 16 lid 2 EGBGB j° § 1362 BGB dan kan hij zich op deze bescherming beroepen.¹⁶

b. Een van hen had Einzelverwaltung

Bij een echtpaar met Einzelverwaltung treedt in zoverre een probleem op dat de Verwalter voor alle gemeenschapsschulden (mede-)aansprakelijk is, ook als de andere echtgenoot deze is aangegaan, § 1437 BGB. Na de overgang kan dezelfde aansprakelijkheidsverdeling worden aangenomen als bij gemeenschappelijke Verwaltung. Dat heeft tot gevolg dat de Verwalter aansprakelijk blijft voor alle gemeenschapsschulden die hij in de 'Duitse' periode was aangegaan. Verhaal is dan mogelijk op de gemeenschapsgoederen en de privégoederen van de schuldenaar terwijl het privévermogen van de andere echtgenoot hierbij buiten schot blijft. Dit is analoog aan de beëindiging van de gemeenschap in een intern Duits geval waarbij alleen de aan de andere echtgenoot toegescheiden gemeenschapsgoederen verhaalsobject worden voor de oude gemeenschapsschulden, § 1480 BGB. De Vorbehaltss- en Sondergüter van de niet-Verwalter zijn ook in dat geval alleen verhaalsobject voor schulden die deze was aangegaan met betrekking tot deze goederen.

Geconcludeerd kan worden dat na de overgang de niet-Verwalter derhalve

¹⁶ Dit gaat alleen op als § 1362 BGB sec niet reeds geldt omdat Duits huwelijksgevolgenrecht op dit echtpaar van toepassing is. In dat geval is de bescherming van de schuldeiser niet gebonden aan de vereisten die art. 16 lid 2 EGBGB aan de gelding van § 1362 BGB stelt.

nooit voor meer schulden uit de Duitse gemeenschap aansprakelijk kan zijn dan verhaald kunnen worden op goederen waarover hij in het Nederlandse systeem bestuursbevoegd wordt.

Voor de schulden met betrekking tot de oude Vorbehalts- en Sondergüter moet, net als bij de gemeenschappelijke Verwaltung, worden aangenomen dat het verhaal beperkt is tot de goederen die voor de overgang tot deze vermogens hebben behoord.

Ook hier zal de derdenbescherming ex art. 16 lid 2 j° § 1362 BGB een goede dienst kunnen bewijzen aan die derden die in deze lastige materie door de bomen het bos niet meer zien.

Deze oplossing lijkt sterk op de hiervoor besproken afwikkeling naar het nieuwe recht.

KORTE VERGELIJKENDE OPMERKING OVER VERSCHILLENDE VISIES OP DE OVERGANG VAN DE DUITSE NAAR DE NEDERLANDSE GEMEENSCHAP NAAR NEDERLANDS EN DUIJS IPR

a. Voordien gold gemeinschaftliche Verwaltung

Voor de situatie dat echtgenoten gemeenschappelijke Verwaltung hadden onder het Duitse recht verschillen beide opvattingen qua effect slechts in geringe mate voor elkaar. De Nederlandse visie gaat ervan uit dat de schuldeisers zich kunnen blijven verhalen op alle goederen van de echtgenoten omdat de schulden hoofdelijk waren aangegaan. Ook na de overgang kunnen de schuldeisers van dat recht gebruik maken. Voor voormalige Vorbehaltsschuldeisers kan naar Nederlands IPR wel een verslechtering optreden omdat zij hun afgescheiden verhaalsmassa kwijtraken, die door een soort voorkeursrecht bij verhaal kan worden goedge maakt.

Naar Duits IPR gaat de positie van de oude gemeenschapsschuldeisers geruisloos over naar het nieuwe regime. De voormalige gemeenschapsschuldenaren blijven hoofdelijk schuldenaar na de overgang, omdat ook binnen het Nederlandse recht deze constellatie niet onbekend is. De oude Vorbehaltsschuldeisers kunnen wel een verslechtering van hun verhaalsmogelijkheden ondervinden, maar de garantie van het Verdrag is niet op hen van toepassing, zodat ik geen reden tot correctie zie. Voor schuldeisers met betrekking tot Sondergüter speelt dit probleem in mindere mate omdat deze goederen veelal ook naar Nederlands recht privé blijven, maar de door de afwijkende verdeling tussen de goederen in het Nederlandse en Duitse recht¹⁷ blijft een potentiële benadeling in verhaalsmogelijkheden bestaan.

b. Overgang van gemeenschap met Einzelverwaltung naar de Nederlandse gemeenschap

Voor schuldeisers wier schuldenaar voordien de Einzelverwalter was, ver-

¹⁷ Het Duitse recht maakt onderscheid tussen Sonder- en Vorbehaltsgoederen terwijl het Nederlandse recht alleen privé- en gemeenschapsgoederen kent.

schillen de uitkomsten naar Nederlands en Duits IPR meer, omdat de gemeenschapsschulden die de echtgenoot-Verwalter maakte, na de overgang naar de Nederlandse gemeenschap ook op die goederen kunnen worden verhaald die naar Duits recht Vorbehaltsgüter waren. Benadeling hierdoor deert niet omdat het Duitse IPR niet garandeert dat de verhaalspositie van een schuldeiser door een overgang onveranderd blijft. Door een eenvoudige ingreep kunnen de echtgenoten ook in het interne Duitse recht de omvang van het Vorbehaltsgut beïnvloeden. Daarom zie ik naar Duits IPR geen reden om de oude beschermde positie van Vorbehaltsschuldeisers na de overgang naar de Nederlandse gemeenschap extra te beveiligen. Voor schuldeisers betreffende het Sondergut geldt dit overeenkomstig.

Ook ten aanzien van de schuldeisers van de andere echtgenoot blijkt gezien de verschillende uitgangspunten van het Nederlandse en Duitse IPR een groot verschil te bestaan. Naar Duits IPR kan na de overgang de gemeenschap en het privévermogen van de handelende echtgenoot worden aangesproken, omdat het verhaal dan wordt geregeld door het nieuwe regime. Naar Nederlands intern recht is verhaal mogelijk volgens de regels van de art. 1:95 en 96 BW, waardoor ook privéschulden onder bepaalde voorwaarden kunnen worden verhaald op de gemeenschap en vice versa. Het Nederlandse recht houdt geen rekening met de verhaalsbeperkingen die naar Duits intern recht gelden bij Gütergemeinschaft met Einzelverwaltung.

Naar Nederlands IPR hangt het ervan af wat de reden is van de overgang. Bij een overgang krachtens rechtskeuze neem ik aan dat de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers van de Einzelverwalter dezelfde moeten blijven op grond van art. 6 j° 8 lid 2 Verdrag 1978. Dit geldt ook voor de schuldeisers van de andere echtgenoot. Heeft daarentegen de overgang zijn oorzaak in een automatische overgang, dan blijft het verhaal beperkt tot de goederen die voor de overgang voor verhaal bestemd waren en wordt dit areaal niet uitgebreid.

28.6 Verandering van de Duitse Zugewinnngemeinschaft naar de Nederlandse scheiding van goederen

Aangezien beide systemen uitgaan van een scheiding van goederen met het daarbij behorende gescheiden verhaal, verandert hier niets voor de schuldeiser die reeds voor de overgang een vordering op een der echtgenoten had verkregen. De voldoening van de vordering tot verrekening van de Zugewinnausgleich is niet aan te merken als benadeling van de schuldeisers van de debiteur van die vordering, aangezien men haar in mijn ogen gelijk kan stellen met een willekeurige andere schuld die deze echtgenoot moet voldoen op grond van de wet. Daarmee is elke weg tot compensatie van de oude crediteuren van deze echtgenoot afgesneden.

Derdenbescherming ex art. 16 lid 2 EGBGB j° § 1362 BGB is hier niet aan de orde omdat ook in werkelijkheid twee gescheiden verhaalsferen aanwezig zijn tenzij de echtgenoten zichzelf tot hoofdelijk medeschuldenaren hebben gemaakt. In zoverre bestaat derhalve geen onderscheid tussen het Duitse en het Nederlandse interne recht, waardoor de Duitse regeling niet gunstiger is voor een schuldeiser.

Deze uitkomst verschilt niet van die naar Nederlands IPR, omdat, zoals gezegd, geen verandering in de verhaalsmogelijkheden optreden. Van benadeling tengevolge van de overgang kan dan geen sprake zijn.

28.7 Verandering van de Nederlandse scheiding van goederen naar de Duitse Gütertrennung of de Zugewinnngemeinschaft

Ook in dit geval vindt een overgang plaats van het ene stelsel inhoudende scheiding van goederen naar het andere. Schuldeisers merken daar niets van omdat verhaal alleen mogelijk was en blijft op de goederen van de echtgenoot die de schuld is aangegaan. Het maakt daarbij niet uit of de verandering plaatsvindt naar de Gütertrennung of de Zugewinnngemeinschaft, omdat het verschil tussen die twee stelsels ligt in de afrekening van de Zugewinn die pas plaatsvindt aan het einde van het regime.

Deze overgang wordt in het Nederlandse en het Duitse IPR op dezelfde wijze opgevat.

28.8 Verandering van de Nederlandse scheiding van goederen naar de Duitse Gütergemeinschaft

Aangezien naar Duits recht, zoals reeds in onderdeel 15.3.1 werd behandeld, schulden die zijn ontstaan voor het begin van de Duitse gemeenschap van goederen, dubbelt angelehnte Gesamthandsschulden¹⁸ zijn, is de toekenning van dit uitgebreide verhaalsrecht het logische gevolg van de overgang naar de Duitse Gütergemeinschaft staande huwelijk. De regel van het Duitse IPR, dat het nieuwe regime aangeeft op welke goederen het van toepassing is, leidt mijns inziens tot deze conclusie.

In het algemeen zullen echtgenoten alleen tot deze overgang besluiten indien beide vermogens voor de boedelmenging liquide waren. In dat geval zullen schuldeisers van de echtgenoten er door de overgang per saldo niet op achteruit gaan.

¹⁸ Dit zijn schulden die op alle goederen van beide echtgenoten kunnen worden verhaald.

28.9 Verandering van de Duitse Gütergemeinschaft naar de Nederlandse scheiding van goederen

Ervan uitgaande dat de schuldeiser op de hoogte was van de gelding van de Duitse Gütergemeinschaft is hier plaats voor de afwikkeling van de gemeenschap naar Duits recht, § 1480 BGB. Deze regeling houdt in dat de echtgenoten na de beëindiging van de Duitse gemeenschap van goederen aansprakelijk zijn voor alle dan nog openstaande gemeenschapsschulden waarvoor zij voordien niet aansprakelijk waren, waarbij als maximum geldt het gedeelte dat bij de boedelscheiding aan de desbetreffende echtgenoot is toegescheiden. Voor de schuldeiser maakt het voor zijn verhaalsmogelijkheden niet veel uit of de overgang al dan niet heeft plaatsgevonden omdat hij ook voordien het hele gemeenschappelijke vermogen inclusief het privévermogen van de handelende echtgenoot als verhaalsmassa tot zijn beschikking had. Het enige verschil bestaat hieruit dat voordien bij het verdwijnen van bepaalde goederen uit de gemeenschap deze in de regel weer werd gevoed door de inkomsten van partijen, terwijl na de boedelscheiding het verhaal op de andere echtgenoot is beperkt tot de goederen die hem zijn toegescheiden. Indien deze teniet gaan of aan anderen worden overgedragen, dan raken deze buiten het bereik van de zich verhalende schuldeiser.

Heeft deze schuldeiser nog mogelijkheden om zich tegen deze gang van zaken te verweren? Mijns inziens lijkt deze situatie sterk op die waarin de overgang internrechtelijk plaatsvindt van de gemeenschap naar de Duitse scheiding van goederen. Behalve bij boos opzet, wat door de Anfechtung (de Duitse Pauliana, zie onderdeel 15.4.2) kan worden bestreden, heeft de schuldeiser ook van deze overgang de gevolgen te aanvaarden en is er geen mogelijkheid om de beperking van de verhaalsmogelijkheden juridisch te bestrijden.

Mocht de schuldeiser daarentegen te goeder trouw niet op de hoogte zijn geweest van de gelding van de Duitse Gütergemeinschaft, dan heeft hij zich voor de overgang mogen verhalen overeenkomstig art. 16 lid 2 EGBGB j° § 1362 BGB op alle goederen die in het bezit waren van de echtgenoot-schuldenaar mits de goederen zich in Duitsland bevonden.¹⁹ In dat geval zou hij uitgaan van verhaal op alle goederen die aan zijn schuldenaar toebehoorden en treedt in die zin door de overgang geen materiële wijziging van zijn verhaalspositie op.

KORTE RECHTSVERGELIJKENDE OPMERKING

In beide visies vindt afrekening plaats op basis van het Duitse recht volgens § 1480 BGB. Er bestaat een verschil tussen de Nederlandse en de Duitse beoordeling van deze overgang door het feit dat naar Nederlands (verdrags)-

¹⁹ Zie hiervoor onderdeel 28.1.

recht de verplichting bestaat om de oude schuldeisers niet door de overgang te benadelen. Naar Duits recht speelt dit gegeven een minder prominente rol.

Een van de praktische gevolgen van dit verschil in uitgangspunten is dat de bescherming van art. 16 lid 2 EGBGB j° § 1362 BGB niet in alle gevallen wordt aangenomen wanneer een in Duitsland wonende schuldeiser te goeder trouw in de veronderstelling verkeert dat de echtgenoten in Zugewinnngemeinschaft zijn gehuwd. Een van de vereisten is dat het goed waarop de verhaalsmogelijkheid betrekking heeft, in Duitsland moet liggen ten tijde van het totstandkomen van de rechtshandeling waaruit de verhaalsmogelijkheid voortvloeit.

De vereisten voor verhaalsbescherming van art. 5 WCHv zijn meer afgestemd op de gewone verblijfplaats van de contractspartijen zodat de plaats waar de rechtshandeling daadwerkelijk tot stand is gekomen of de plaats van ligging van de goederen, niet relevant is voor de vraag of de derde in zijn verhaalsrechten wordt beschermd die hij aan de wettelijke gemeenschap van goederen meent te mogen ontleen.

28.10 Rechtsvergelijkende opmerkingen ten aanzien van de derdenbescherming op het terrein van het verhaalsrecht van crediteuren

Als wij de verhaalsrechtelijke gevolgen van de overgangen volgens Nederlands en Duits IPR vergelijken valt direct op dat de twee rechtsstelsels ten aanzien van de derdenbescherming van een vergelijkbaar uitgangspunt uitgaan, hoe verschillend zij de overgangen zelf ook vormgeven en hoe verschillend de concrete vereisten voor bescherming ook luiden.

Het Nederlandse IPR geeft regels voor derden te goeder trouw met als uitgangspunt dat zij zich kunnen verhalen op de goederen die in een gemeenschap zouden vallen als deze tussen partijen zou gelden. Deze aanpak is begrijpelijk omdat dit het Nederlandse wettelijk stelsel in het interne recht is. Meestal zal dit voor de schuldeiser gunstig zijn omdat ook de (meerderheid van de) goederen van de andere echtgenoot in die gemeenschap vallen. Het Duitse IPR geeft eveneens een derdenbescherming naar de mate zoals deze ook in het interne recht bij het Duitse wettelijk stelsel wordt toegepast. Het komt er in beide staten op neer dat derden te goeder trouw ervan mogen uitgaan dat de gehuwde wederpartij is gehuwd in het wettelijk stelsel van het desbetreffende land. Door de verschillen in het interne recht pakt de derdenbescherming praktisch evenwel heel verschillend uit.

Opmerkelijk is de manier waarop beide landen getracht hebben om de IPR-regels inzake derdenbescherming te beperken tot situaties waarin een nauwe band met het desbetreffende land bestaat. Het Nederlandse recht acht de woonplaats van de partijen beslissend, waarbij de bescherming van de wederpartij van de gehuwde voorop staat. Het Duitse recht knoopt aan bij de

ligging van de goederen, waarop de crediteuren later verhaal kunnen nemen. De eis dat de rechtshandeling in het binnenland tot stand moet zijn gekomen, in beide landen ter discussie gesteld, wordt door de Nederlandse wetgever en in de Duitse heersende leer niet aangenomen.

Welke aanknoping verdient de voorkeur? Mede in acht nemend de praktische consequenties, lijkt de Duitse oplossing mij alleen voor alledaagse situaties bruikbaar. In die verhoudingen zullen in de regel de goederen in het land aanwezig zijn, waar de transactie is 'gesitueerd' in Savigniaanse zin. Maar indien wij verder kijken dan alleen naar de vervreemding van goederen die zich in het land bevinden waar ook de transactie is gesloten, door daar wonende partijen - bijvoorbeeld als het goederen betreft die op reis door de andere echtgenoot zijn meegenomen of die zijn opgeborgen in de kluis van een buitenlandse bank - zullen deze feiten de wederpartij dan dusdanig waarschuwen dat dit toepasselijkheid van buitenlands huwelijksgevolgenrecht waarschijnlijker maakt en zijn er dan redenen om hem zijn bescherming te ontnemen? Moet in deze gevallen de verkrijger altijd op z'n hoede zijn en voor de zekerheid altijd de handtekening van de andere echtgenoot eisen voordat hij zijn medewerking aan de transactie wil verlenen opdat zijn verhaalsmogelijkheden zijn veiliggesteld zolang een der echtgenoten eigenaar is van het desbetreffende goed? Ik ben hier geen voorstander van.

Uit deze voorbeelden blijkt mijns inziens afdoende mijn voorkeur voor de aanknopingsfactoren die het Nederlandse IPR hanteert. 'Woonplaats' is een omstandigheid die minder snel verandert dan de ligging van een roerende zaak. Bovendien leidt deze aanknoping ook bij overdracht van goederen die zich bevinden op een onbekende of onzekere plaats, niet tot problemen. En tenslotte geldt dat indien een derde iets wil vervreemden of verkrijgen in een andere staat dan die waar hij woont, het voor de hand ligt dat de derde verdacht is op valkuilen uit het lokale buitenlandse recht. Dat daar de derdenbescherming ook ten aanzien van de verhaalsrechten rekening mee houdt, lijkt mij verdedigbaar en passend bij het rechtsgevoel van degenen voor wie de regeling geldt.

Deel D

Conclusies uit de vergelijking van het Nederlandse en Duitse
IPR inzake de huwelijksvermogensrechtelijke
derdenbescherming

Vergelijking van de omvang van de derdenbescherming volgens het Nederlandse en Duitse IPR

Bij een vergelijking van de regels van IPR op het gebied van het huwelijksvermogens- en huwelijksgevolgenrecht in de beide onderzochte landen valt op dat de systemen op meerdere cruciale punten van elkaar afwijken. In dit hoofdstuk zal ik enkele van deze verschilpunten bespreken en een koppeling aanbrengen met de bevindingen uit het interne recht van Nederland en Duitsland. Voor de praktische gevolgen binnen de beide rechtsstelsels verwijs ik naar de uitwerkingen in de vorige hoofdstukken.

29.1 Vergelijking van het conflictenrecht inzake het huwelijksvermogensrecht

Hoewel in het Duitse IPR deels een koppeling is aangebracht tussen het huwelijksvermogensrecht en het recht inzake de persoonlijke huwelijksgevolgen, zal ik deze twee onderwerpen hier apart behandelen, omdat zij in het Nederlandse recht ook apart worden aangeknoopt: voor het huwelijksvermogensrecht geldt in Nederland tegenwoordig het Haagse huwelijksvermogensverdrag 1978, terwijl het IPR-huwelijksgevolgenrecht is geregeld in de WCHb.

Het Duitse IPR inzake beide onderwerpen is gecodificeerd in het EGBGB, het Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch in de versie van 1986.

29.1.1 Verdragsregeling versus commune regeling

Allereerst valt bij de vergelijking van beide stelsels op dat de Duitse wetgever bij de hervorming van het IPR in 1986 er uitdrukkelijk niet voor heeft gekozen om over te gaan tot ratificatie van het Haagse huwelijksvermogensverdrag 1978. Dat nam niet weg dat een nieuwe regeling moest worden ontworpen, omdat de oude conflictregel inzake het huwelijksgoederenrecht ongeldig was verklaard in verband met de schending van de gelijke rechten van man en vrouw.¹

¹ BVerfG 22 februari 1983, IPRax 1983, 562; FamRZ 1983, p. 562; NJW 1983, p. 1968. De regeling is nietig met ingang van 1 april 1953 op grond van art. 117 GG.

Dit probleem speelde in Nederland niet, omdat het Verdrag 1905, dat ook uitging van de aanknoping aan de nationale wet van de man, reeds eerder was opgezegd² en het Chelouche-arrest³ een regeling geeft die aanknoopt aan factoren die aan de echtgenoten gemeenschappelijk zijn. In de doctrine gingen stemmen op om in ruimere mate rechtskeuze toe te staan dan in het Chelouche-arrest was geformuleerd. Deze mogelijkheid werd in het arrest alleen aan toekomstige echtgenoten gegund. Indien men, in plaats van het Verdrag van 1978 te ratificeren, zou zijn overgegaan tot het formuleren van een wet die alleen het nationale conflictenrecht voor het huwelijksgoederenrecht had gecodificeerd, zou voor het overige de conflict-ladder uit het Chelouche-arrest ongewijzigd overgenomen hebben kunnen worden.

29.1.2 Inhoudelijke verschillen tussen het Duitse IPR inzake het huwelijksvermogensrecht en de Verdragsregeling zoals deze voor Nederland geldt

In hoeverre wijkt de commune regeling van het EGBGB af van de Verdragsregeling? In beginsel gaat zowel het EGBGB als ook de uitzondering van het Verdrag voor nationaliteitslanden als Nederland⁴ en Duitsland ervan uit dat bij echtparen met gemeenschappelijke nationaliteit de nationale wet het huwelijksgoederenregime beheerst, mits zij hun eerste huwelijksdomicilie vestigen in een nationaliteitsland, of - voor onderdanen van een nationaliteitsverdragsland zoals Nederlanders - niet meer dan 5 jaren aaneengesloten gewoon verblijf hebben in het woonland waar zij wonen ten tijde van de huwelijksluiting. Slechts als partijen reeds meer dan 5 jaar vóór de huwelijksluiting in een woonplaatsland woonden en daar nog woonden ten tijde van de huwelijksluiting, zal het Verdrag aanknopen aan de woonplaatswet en niet aan de wet van de gemeenschappelijke nationaliteit, zoals het EGBGB dat doet.

Voor rechtskeuze bieden beide regelingen enkele mogelijkheden, zowel vóór als staande huwelijk. De vormvereisten hiervoor verschillen slechts in geringe mate.⁵ In beide regelingen wordt limitatief een aantal mogelijke alternatieven (nationale wet en woonplaatswet voor de echtgenoten, en dépeçerende keuze voor onroerende zaken) voor de keuze aangegeven, die in grote lijnen overeenstemmen.⁶

2 Dit verdrag knoopt aan bij de nationale wet van de man en is daarom discriminatoir geoordeeld in Duitsland, maar Nederland ziet ook tegenwoordig daarin geen reden om de verdragsregeling niet toe te passen.

3 HR 10 december 1976, NJ 1977 275.

4 Zie onderdeel 17.1.

5 Het Duitse recht kent in art. 14 j° 15 EGBGB geen minimum-vormeis zoals het Verdrag dit wel stelt: een rechtskeuze moet tenminste in een ondertekend en gedagtekend geschrift zijn neergelegd, zie art. 11-13 Verdrag.

6 Zie voor de exacte verschillen de behandeling in de vorige hoofdstukken.

Een bijzonderheid in het Duitse recht is de mogelijkheid van een combinatie-keuze voor zowel het huwelijksvermogens- als het huwelijksgevolgenrecht. Helaas is de regeling niet zo ontworpen dat deze rechtskeuzemogelijkheid garandeert dat Gleichlauf plaatsvindt tussen beide rechtsgebieden, omdat aan de keuze voor een huwelijksgevolgenrecht in bepaalde gevallen van rechtswege een einde komt. Dit is een fenomeen dat geheel vreemd is binnen het stramien van het Verdrag. De opzet daar is dat een aanwijzing van een bepaald recht wordt geaccepteerd juist om wijzigingen van rechtswege te voorkomen. Aangezien het Verdrag de huwelijksgevolgen niet regelt komt enige combinatie in de rechtsgevolgen van een keuze voor Nederland vanuit de Verdragsregeling niet aan de orde.⁷

29.1.3 Automatische veranderingen in het huwelijksgoederenrecht

Automatische veranderingen in het huwelijksgoederenrecht kunnen alleen onder het Verdrag 1978 voorkomen. Het nadeel van deze regeling, die haar oorsprong vindt in het feit dat het Verdrag aanknopng aan het recht van de recente woonplaats prefereert, leidt in de praktijk tot onoplosbare puzzels, die in het Nederlandse IPR alleen met de kunstgreep van art. 10 WCHv omzeild kunnen worden. Gezien de dreiging van automatische veranderingen wordt in de Nederlandse praktijk geadviseerd om zoveel mogelijk tot het maken van huwelijksvoorwaarden of een rechtskeuze over te gaan, teneinde deze veranderingen te voorkomen. Desnoods kan ook het oorspronkelijk geldende recht in een rechtskeuze worden bevestigd, zodat dit tot de eerstvolgende bewuste wijziging vaststaat.

Dit is duidelijk een zwak punt van het Verdrag, dat ook in de Nederlandse literatuur heftig is aangevallen.

Het Duitse IPR-huwelijksvermogensrecht kent geen automatische veranderingen; het huwelijksgevolgenrecht daarentegen weer wel, maar dat komt hierna nog aan de orde.

29.1.4 Heimwärtsstreben bij bipatriden in het Duitse IPR-huwelijksvermogensrecht

Anders dan het Nederlandse IPR bevat het Duitse IPR een bijzonder mechanisme dat leidt tot aanknopng aan het Duitse recht: zodra een der echtgenoten een bipatride Duitse onderdaan is, wordt niet - zoals overigens gebruikelijk is - aangeknoopt aan de effectieve nationaliteit van die persoon, maar vindt zonder meer aanknopng aan de Duitse nationaliteit plaats. In onderdeel 18.3.1 is dit fenomeen kritisch besproken. In veel gevallen zal daarom bij

⁷ Nederland had er voor kunnen kiezen om in de wetgeving over huwelijksgevolgen aansluiting te zoeken aan het toepasselijke huwelijksvermogensrecht, maar dit komt later in dit hoofdstuk aan de orde.

echtgenoten die in Duitsland wonen, waarvan de ene bipatride Duits onderdaan is en de andere buitenlander (al dan niet onderdaan van hetzelfde land waarvan de bipatride ook onderdaan is), het Duitse woonplaatsrecht hun huwelijksgoederenregime beheersen. De andere nationaliteit komt voor de aanknoping niet in aanmerking. Dit leidt tot ‘Heimwärtsstreben’, hetgeen vanuit Duits standpunt het werk voor de Duitse praktijkjurist vereenvoudigt: toepassing van Duits materieel recht is voor deze jurist uit zijn aard eenvoudiger. Mijns inziens strookt dit evenwel niet met het in beginsel neutrale karakter van IPR-verwijzingsregels, dat een dergelijke bevoordeling van het eigen recht niet toelaat.

29.1.5 In beginsel vindt in het Duitse IPR renvoi plaats

Volgens art. 4 EGBGB vindt in beginsel renvoi plaats als het Duitse IPR een buitenlands recht als toepasselijk aanwijst. Dit lijdt slechts uitzondering als het recht wordt aangewezen door middel van een rechtskeuze of wanneer toepassing van renvoi tot ongewenste resultaten leidt.

Dit is geheel anders dan in het Nederlandse IPR waar in beginsel van renvoi wordt afgezien en slechts sporadisch in het verleden is toegestaan. Een extra argument voor deze opstelling ligt daarin dat vele van de door Nederland geratificeerde verdragen renvoi expliciet uitsluiten.⁸

De Duitse opstelling leidt ertoe dat een Duitse praktijkjurist via deze omweg geconfronteerd wordt met de inhoud van buitenlands IPR, waardoor onder andere het Haagse huwelijksgoederenverdrag en de Nederlandse regels van de uitvoeringswetgeving inzake dit Verdrag moeten worden toegepast indien Nederlands recht als toepasselijk is aangewezen. De argumenten in Duitsland tegen ratificatie van dit Verdrag hebben er dus niet toe geleid dat de Duitse rechtspraktijk gevrijwaard wordt van toepassing van de onnodig ingewikkeld geachte regeling. Dit leidt tot werkverzwaring van de Duitse jurist die niet alleen buitenlands *materieel* recht, maar ook buitenlands *IPR* moet toepassen.

29.1.6 Invloed van het Grundbuchrecht op de vermogenspositie van de echtgenoten

Een praktisch probleem dat zich in de Duitse rechtspraktijk voordoet wordt veroorzaakt door het rigide Grundbuchrecht in Duitsland. Wanneer een echtpaar dat naar Nederlands recht in de wettelijke gemeenschap is gehuwd, in Duitsland een registergoed wil verkrijgen, is het niet overal in Duitsland mogelijk om inschrijving van het correcte regime te verkrijgen. Uit de prak-

⁸ Dit geldt bijvoorbeeld voor het EVO, zie art. 15, en het Haagse huwelijksvermogensverdrag, zie de aanhef van art. 3 en 4.

tijk van enkele Westduitse regio's blijkt dat daar nog wel eens een Grundbuch-rechter is te vinden die dit toestaat. In de andere gebieden van Duitsland wordt strikt de hand gehouden aan de Duitse vormen van mede-eigendom zodat het niet mogelijk is om mede-eigendom naar Nederlands recht te laten registreren ten aanzien van een bepaald goed. Dit heeft tot gevolg dat de echtgenoten zich niet met succes op de naar Nederlands recht geldende bestuursregeling kunnen beroepen. Praktisch zal het dan niet mogelijk zijn dat de ene echtgenoot op wiens naam een huis staat, hierover kan beschikken zonder medewerking van zijn echtgenoot, hoewel dat naar Nederlands recht wel mogelijk is.

Dit probleem is niet zozeer IPR-technisch van aard, maar heeft wel praktische gevolgen voor echtgenoten die worden geconfronteerd met dit probleem dat in wezen neerkomt op niet-erkenning van een van de hoofdkenmerken van hun Nederlandse huwelijksvermogensregime. Het spreekt vanzelf dat ik mij keer tegen dit fenomeen maar enige verandering hierin is voorlopig niet te verwachten.

29.1.7 Rechterlijke goedkeuring in Nederland in het IPR ten dele afgeschaft

Zoals in de vorige hoofdstukken bleek, kent het Duitse recht geen rechterlijke goedkeuring bij wijziging van het toepasselijke huwelijksgoederenregime, noch in het interne recht, noch in het IPR. In het Nederlandse interne recht is de rechterlijke goedkeuring in de literatuur weliswaar omstreden maar in de praktijk leeft deze krachtens de uitdrukkelijke wetbepaling van art. 1:119 BW onverminderd voort.

Sinds de invoering van de WCHv is krachtens art. 8 WCHv de rechterlijke goedkeuring ex art. 1:119 BW afgeschaft, maar het is helaas niet helemaal duidelijk welke situaties het betreft. In ieder geval zijn rechtskeuzes sec niet aan rechterlijke goedkeuring onderworpen, maar in hoeverre dit ook geldt voor zogenaamde 'combi-keuzes' - de rechtskeuzes die gepaard gaan met huwelijksvoorwaarden - is omstreden in de literatuur. In de jurisprudentie zijn hiervoor nog geen duidelijke lijnen te trekken.

29.1.8 Gevolgen voor derden van de verschillende aanpak van derdenbescherming in Nederland en Duitsland op het gebied van het huwelijksgoederenrecht

In de praktijk hoeven derden in Duitsland in veel minder gevallen rekening te houden met het feit dat voor de wederpartij buitenlands huwelijksvermogensrecht geldt. Op het eerste gezicht lijkt de derdenbeschermingsregel in het Duitse IPR in art. 16 EGBGB sterk op die in het Nederlandse recht: een

buitenlands regime kan in beginsel alleen worden tegengeworpen aan derden die op de hoogte zijn van de gelding van het buitenlandse recht, of na inschrijving van het regime in het huwelijksgoederenregister. Desondanks werkt dit in de praktijk in beide landen heel verschillend. Een reden daarvoor is dat de Nederlandse inschrijvingsdiscipline groter is. Ten gevolge van een grotere hoeveelheid registraties van buitenlandse huwelijksgoederenstelsels zal het in Nederland vaker voorkomen dat een derde rekening moet houden met bijvoorbeeld buitenlandse bestuursregels. Deze kunnen na registratie volgens art. 4-5 WCHv aan hem worden tegengeworpen, ook al is hij er subjectief niet van op de hoogte. Een nadeel van de Nederlandse benadering is dat in IPR-gevallen de derde door raadpleging van het huwelijksgoederenregister nog niet volledig is ingelicht over het toepasselijke regime in concreto, als de echtgenoten slechts een algemene vreemd-rechtverklaring hebben ingeschreven. De derde kan daaruit slechts opmaken dat niet de Nederlandse wettelijke gemeenschap van toepassing is, maar weet - anders dan in intern-rechtelijke gevallen - nog niet, welke gevolgen het buitenlandse regime heeft voor bijvoorbeeld de bestuursbevoegdheid van de echtgenoten en de verhaalsmogelijkheden op hun vermogen(s).

Aangezien in Duitsland slechts uiterst sporadisch inschrijvingen in het Güterrechtsregister plaatsvinden vanwege de hoge kosten, zullen derden te goeder trouw daar veel minder vaak mee geconfronteerd worden omdat een beroep van de echtgenoten op het werkelijk geldende stelsel door derdenbeschermingsmaatregelen wordt afgesneden.

Het kan voorkomen dat een echtpaar hun buitenlandse huwelijksgoederenregime ook zonder inschrijving aan een onkundige derde kan tegenwerpen. Dit is het geval indien geen inschrijving van het regime in een Duits Güterrechtsregister mogelijk is, zie onderdeel 20.1.2, maar dit zal slechts zeer zelden aan de orde zijn.

Hoewel na de invoering van het nieuwe recht in Nederland in 1992 niet is gekozen voor het positieve Duitse Grundbuch-stelsel, is de negatieve functie sterk gemodificeerd. De bescherming van derden ten aanzien van feiten die in het onroerendgoed-register hadden kunnen worden ingeschreven is door de invoering van art. 3:24 sterk verbeterd: derden worden beschermd als zij deze feiten niet kenden. Door de bijzondere bepaling van art. 3:24 lid 2 strekt deze bescherming niet uit over feiten, die in andere daar genoemde registers inschrijfbaar zijn, waaronder het huwelijksgoederenregister. In het proefschrift heb ik ervoor gekozen, dat ook de bestuurswisseling van art. 1:97 lid 2 BW, en feit dat behoort tot het huwelijksvermogensrecht, maar dat niet in het huwelijksgoederenregister pleegt te worden ingeschreven, aan derden kan worden tegengeworpen, omdat deze wisseling van de bestuursbevoegdheid uit uiterlijke feiten blijkt. Deze worden in het systeem van Meijers beschermd, zoals ook blijkt uit bijvoorbeeld de regeling van art. 3:90 lid 2 BW.

Inschrijving van dit feit is dan niet nodig.

In het Duitse recht wordt uitgegaan van een absoluut werkend Grundbuch met de daarbij horende vergaande bescherming tegen feiten die afwijken van de ingeschreven feiten in het Grundbuch. Daarvan worden verschillende voorbeelden gegeven, waaruit blijkt, dat het systeem goed werkt in intern-rechtelijke verhoudingen. Zodra Grundbuch-ambtenaren worden geconfronteerd met categorieën van mede-eigendom die niet in het Duitse recht voorkomen, levert dit grote moeilijkheden op. Afgezien daarvan is het Duitse stelsel wel duidelijk in de bescherming van derde-verkrijgers te goeder trouw ten nadele van rechthebbenden, die hun rechten op deze wijze tegen hun wil verliezen.

29.2 Beoordeling van de keuze van Nederland om tot invoering van het Haagse huwelijksvermogensverdrag te komen

In dit boek is ondermeer een aantal verschillen naar voren gekomen tussen de commune regeling uit het Duitse IPR en de Verdragsregeling die in Nederland geldt. Hoe is in dit licht de Nederlandse keuze voor ratificatie van het Haagse huwelijksvermogensverdrag te beoordelen?

A. NADELEN VAN HET COMPROMISKARAKTER VAN HET VERDRAG

Een van de kenmerken van het Verdrag is het compromiskarakter dat de verschillende uitgangspunten in het IPR van de zogenaamde ‘woonplaatslanden’ en de ‘nationaliteitslanden’ wil verenigen. Dit heeft geleid tot een vrij ingewikkelde verwijzingsregel die in Nederland in de doctrine al tot zeer kritische geluiden aanleiding heeft gegeven, en ook een van de redenen voor Duitsland was om dit Verdrag niet te ratificeren.

Ook de automatische veranderingen ex art. 7 Verdrag zijn een uitdrukking van dit compromis. Deze veranderingen kunnen plaatsvinden in situaties waarin de echtgenoten geen rechtskeuze hebben uitgebracht of huwelijksvoorwaarden hebben gemaakt, zijn een bron van onzekerheid voor het notariaat. Dit is een regeling die mijns inziens terecht in het Duitse IPR voor het huwelijksvermogensrecht niet op deze wijze voorkomt. Het advies van het Nederlandse notariaat, dat de beste remedie ter voorkoming van onzekerheid een rechtskeuze vormt, is zeer illustratief. Het zou mijns inziens beter zijn geweest als deze bepaling niet in het Verdrag zou zijn opgenomen. De ‘reparatie’-mogelijkheden van een behoudkeuze of een verklaring van art. 8 lid 2 Verdrag maken dit voor derden niet veel beter, omdat dezen in de tussentijd voordat de echtgenoten van een van deze mogelijkheden gebruik hebben gemaakt, in een onzekere situatie verkeren: zal het (automatisch) toepasselijk geworden nieuwe recht gelden, of kiezen de echtgenoten er

alsnog voor om een behoud-verklaring uit te brengen of een rechtskeuze te doen ten aanzien van de goederen die onder het oude recht vallen?

B. 'TERUGWERKENDE KRACHT' VAN DE RECHTSKEUZE OP GROND VAN ART. 6
In de literatuur heerst grote onduidelijkheid over de concrete gevolgen van de 'terugwerkende kracht' van een rechtskeuze ex art. 6 Verdrag. De problemen daarbij ontstaan als de echtgenoten het vorige regime niet afwikkelen, waarbij het nog maar de vraag is, of afwikkeling van het vorige regime eigenlijk past bij het karakter van deze rechtskeuze. Een voordeel van afwikkeling is in ieder geval dat duidelijk is wat rechtens is ten aanzien van de goederen die de echtgenoten reeds voor de overgang bezaten. Het is jammer dat dit aspect in de toelichtende stukken niet duidelijker is uitgewerkt.

Dit punt is overigens ook in het Duitse commune recht een bron van onduidelijkheden omdat de Duitse wetgever dit probleem nog summierder heeft uitgewerkt dan bij het Verdrag is geschied.

Hoe de werking van art. 6 Verdrag in overeenstemming kan worden gebracht met het uitgangspunt dat derden geen nadeel mogen ondervinden van de rechtskeuzes van de echtgenoten, heb ik in de voorgaande hoofdstukken trachten uit te werken. Dit is niet voor alle gevallen eenduidig mogelijk. Met name op het gebied van de verhaalsmogelijkheden van derden bestaat grote onduidelijkheid. Dit geeft wel te denken. Het is mijns inziens niet te verdedigen dat Nederland ervoor heeft gekozen om een Verdragsregeling in te voeren, zonder dat een van de peilers, de rechtskeuze staande huwelijk, afdoende is geregeld. Desnoods hadden eventuele onduidelijkheden in een uitvoeringswet weggenomen kunnen worden. Naar mijn oordeel is dit onvoldoende geschied.

C. DE DÉPEÇERENDE RECHTSKEUZE VOOR DE LEX REI SITAE VAN ONROERENDE ZAKEN

¹Een andere vraag die rijst is, in hoeverre een aparte rechtskeuze mogelijk is voor de lex rei sitae van onroerende zaken. Zoals is gebleken uit de voorgaande hoofdstukken, zijn de modaliteiten van deze keuze niet geheel duidelijk. Men kan zich op het standpunt stellen, dat deze keuze getalsmatig niet al te vaak zal voorkomen, maar dit lijkt mij geen goede reden om deze keuze niet duidelijker te omlijnen. Juist om uitvoeringsproblemen te voorkomen en de noodoplossing van art. 6 WCHv zo min mogelijk toe te passen, had een nadere bepaling van de keuzemodaliteiten voor de hand gelegen. Helaas is dit niet geschied.

Opvallend is dat in beide onderzochte landen deze kwestie niet duidelijk is geregeld en de jurisprudentie nog niet zover ontwikkeld is dat hierin een duidelijke lijn te ontdekken is.

D. DE INSCHRIJVING IN HET HUWELIJSGOEDERENREGISTER IN DE PRAKTIJK

Een positieve beoordeling van het Nederlandse systeem is mijns inziens op z'n plaats voor wat betreft de praktijk van de inschrijvingen van allerlei gegevens in het huwelijksgoederenregister. Omdat, anders dan in Duitsland, in Nederland althans van de kant van de echtgenoten in ruime mate gebruik wordt gemaakt van de inschrijvingsmogelijkheid, is het begrijpelijk dat het IPR een met het interne recht vergelijkbare regeling heeft gemaakt voor het inschrijven van buitenlands huwelijksvermogensrecht. Men moet nog afwachten in hoeverre notarissen het zekere voor het onzekere zullen nemen en door zich te beperken tot het inschrijven van vreemd-rechtverklaringen dan wel of tot meer informatieve inschrijvingen zal worden overgegaan, waaruit derden concrete informatie kunnen afleiden omtrent de inhoud van het geldende regime.

E. VOORSTEL TOT INVOERING VAN EEN ELEKTRONISCH CENTRAAL HUWELIJSGOEDERENREGISTER

Een praktische invulling van de informatievoorziening over afwijkende regimes van echtgenoten is ook in het IPR alleen te bereiken als een Centraal elektronisch register wordt bijgehouden, waarin met een gering aantal handelingen snel de actuele stand van zaken kan worden vastgesteld. Daardoor kan de regeling jegens derden die is gebaseerd op - desnoods - fictieve kennis van het register worden gehandhaafd. Ook in het internrechtelijke deel van dit boek is al aangedrongen op de invoering van een Centraal huwelijksgoederenregister, maar in het IPR is dit niet minder belangrijk.

Concluderend kan worden vastgesteld dat de invoering van het Haags huwelijksvermogensverdrag door mij niet wordt toegejuicht, maar dat de aspecten die in de uitvoeringswetgeving geregeld zijn, voor derden in vele gevallen tot werkbare verhoudingen leiden. Helaas is nog steeds veel onduidelijk, maar het zal relatief zelden voorkomen dat een derde wordt overvallen door de werking van buitenlands huwelijksvermogensrecht.

Indien men aan verbeteringen van het systeem binnen de gelding van het Verdrag denkt, dan staat de aanleg van een Centraal elektronisch huwelijksgoederenregister hoog op het verlanglijstje. Daarnaast zou men iets moeten doen aan de vele onbeantwoorde vragen die ten dele in dit onderzoek naar voren zijn gekomen. Helaas heeft men verzuimd om hiervoor in de parlementaire totstandkoming opheldering te verschaffen. Een initiatief, zoals dat van de Werkgroep IPR van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, geeft in ieder geval enig houvast voor de praktijkjurist. Deze heeft dit hard nodig.

29.3 Verschillen op het gebied van het huwelijksgevolgenrecht tussen Nederlands en Duits IPR

29.3.1 Verschillen op het gebied van de kwalificatie huwelijksgevolgenrecht - huwelijksvermogensrecht

Heel anders dan het Nederlandse IPR gaat het Duitse IPR ervan uit dat er bepaalde rechtsfiguren zijn die, hoewel overigens sterk op elkaar lijkend, soms vallen onder het huwelijksgevolgenrecht, soms onder het huwelijksgoederenrecht. De beslissende factor in deze is de vraag of de rechtsfiguur, bijvoorbeeld toestemmingverlening door de andere echtgenoot voor bepaalde rechtshandelingen, voor alle echtgenoten geldt of is verbonden aan de toepasselijkheid van een bepaald internrechtelijk regime. In het Nederlandse recht wordt in de WCHb voor alle huwelijksgevolgen een regeling gegeven, waarbij onderscheid wordt gemaakt naar de aard van de regeling.

Deze uiteenlopende benaderingen leiden tot verschillende behandeling van enkele van de huwelijksgevolgen omdat een Nederlands jurist de toepasselijke wet vaststelt via de regels van de WCHb, daarbij lettend op de aard van het huwelijksgevolg, terwijl een Duits jurist eerst kijkt of de rechtsfiguur valt onder het huwelijksgoederen- dan wel het huwelijksgevolgenrecht, en vervolgens het op dit rechtsgebied toepasselijke recht bepaalt. Dit is een fundamenteel verschillende benaderingswijze.

Persoonlijk gaat mijn voorkeur uit naar het Nederlandse systeem. Een voordeel hiervan is dat men duidelijk een bepaald recht aanwijst, dat op de kwestie wordt toegepast, ongeacht de vraag of het toepasselijke recht dit figuur ook als huwelijksgevolg kwalificeert. Helaas is ook hier niet gegarandeerd dat men dezelfde uitkomst bereikt als de rechtstoepasser in het betrokken andere land. Maar enige gelijkloop zal met de Nederlandse tactiek wel worden bereikt.

29.3.2 Verschillen in de derdenbescherming in het huwelijksgevolgenrecht

In het Nederlandse recht kan een derde alleen met buitenlandse vermogensrechtelijke huwelijksgevolgen worden geconfronteerd als de WCHb dit aangeeft: van art. 1:85 BW kan hij alleen voordeel hebben als de handelende echtgenoot en hijzelf in Nederland wonen ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling. Of de derde in het buitenland bescherming vindt, is afhankelijk van het feit of het door art. 2 WCHb aangewezen buitenlandse recht een soortgelijke regeling als art. 1:85 BW kent.

Met de toestemmingsvereisten uit het Nederlandse recht heeft hij alleen te maken indien de te beschermen echtgenoot in Nederland woont; dit geldt vice

versa ook bij een in het buitenland wonende echtgenoot die beschermd moet worden. Dit is een regeling die de derde wellicht kan verrassen, maar zoals ik in hoofdstuk 14 heb uitgewerkt, valt dit in de praktijk nogal mee: de te beschermen echtgenoot zal in vele gevallen geen vernietigingsactie kunnen instellen, zodat de derde niet beschermd hoeft te worden. Dit kan het gevolg zijn van hetzij het opgerekte goede trouw-vereiste van art. 1:89 BW (a la Jyske Bank), hetzij via art. 11 EVO.

Ook naar Duits recht zal de derde vaak vrijuit gaan. Ook daar geldt een aantal vereisten voordat de andere echtgenoot de rechtshandeling kan vernietigen. In de meeste gevallen zal ook in ons buurland de transactie geldig zijn. Daarbij moet worden aangetekend dat door de kwalificatie van een aantal toestemmingsvereisten als vallend onder het huwelijksvermogensrecht, niet-inschrijving van buitenlands huwelijksvermogensrecht ook de beschermingsmaatregelen buiten werking stelt ten aanzien van derden te goeder trouw. Alleen in die gevallen waarbij inschrijving in het Güterrechtsregister heeft plaatsgevonden of juist niet mogelijk is, kunnen echtgenoten hun huwelijksgoederenrecht aan onkundige derden tegenwerpen.

Bij huwelijksgevolgenrechtelijk gekwalificeerde rechtsfiguren is de zaak minder duidelijk. Daarvoor geeft art. 16 lid 2 EGBGB aan dat onkundige derden (die geen onderzoek hoeven te verrichten naar de IPR-omstandigheden van hun wederpartij) van de gelding van een aantal Duitse bepalingen mogen uitgaan die voor de derde gunstiger zijn. Dit zal in de meeste gevallen in het belang zijn van de derde, maar hij heeft niet de vrijheid om te kiezen of hij van de bescherming gebruik wil maken. Op dit punt wijkt het Duitse IPR af van het Nederlandse, waar derdenbescherming een recht maar geen plicht is.

In de praktijk zal de derde in Duitsland in vele gevallen geen last hebben van de gelding van buitenlands huwelijksgevolgenrecht omdat een beschermingsbepaling behoedt tegen een beroep van een echtgenoot op de werkelijk geldende regeling.

Voor de Nederlandse situatie kan men dat mijns inziens niet volhouden. Qua aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden voorzie ik geen problemen omdat de winkelier in ieder geval niet in een slechtere positie kan geraken dan wanneer hij zaken had gedaan met een ongehuwde wederpartij. Dit kan anders zijn bij de toestemmingseisen van art. 1:88 BW. Ten aanzien van het bepaalde in lid 1 sub a moet het Nederlandse notariaat waakzaam zijn: bij een echtelijke woning in Nederland is art. 1:88 BW altijd van toepassing, ongeacht het toepasselijke huwelijksgoederenregime van partijen. Met betrekking tot dat laatste adviseer ik met klem, steeds kennis te nemen van eventuele inschrijvingen in het huwelijksgoederenregister, omdat ook op het gebied van de bestuursbevoegdheid de nodige adders onder het (buitenlandse) gras verborgen kunnen zijn.

SAMENVATTING

Bij het onderzoek naar de verschillen tussen de positie van een partij die een rechtshandeling aangaat met een gehuwde en een partij die een rechtshandeling aangaat met een ongehuwde is gebleken, dat de verschillen zich met name concentreren op een aantal specifieke onderwerpen. Opvallend is dat enkele verschillen in zowel het Nederlandse als het Duitse recht voorkomen, hoewel de juridische stelsels van beide landen op essentiële punten van elkaar afwijken.

In het onderstaande zal een aantal facetten de revue passeren. Voor diepgaandere beschouwingen verwijs ik naar de conclusies in de hoofdstukken 16 (voor het interne recht) en 29 (voor het IPR).

Deel I: Intern recht

Hoofdstukken 1-4: wettelijke stelsels en gevolgen van bestuursoverschrijdingen

In de eerste twee hoofdstukken worden de hoofdregels van de wettelijke stelsels in Nederland en Duitsland behandeld, waarna in de hoofdstukken 3 en 4 aan de orde komt, wat de gevolgen voor derden zijn wanneer zij te maken krijgen met een bestuursoverschrijding. Deze worden vergeleken met het geval dat een ongehuwde onbevoegdlijk beschikt over een goed.

Hoewel in het Nederlandse recht is gepoogd om zoveel mogelijk het huwelijksvermogensrecht aan het algemene vermogensrecht aan te passen, is dit met name bij de nieuwe regeling inzake de bestuursoverschrijding ten aanzien van gemeenschapsgoederen niet gebeurd. Daar bestaat nog steeds een groot verschil tussen de bestuursbevoegdheid van echtgenoten ten aanzien van goederen in de wettelijke gemeenschap en algemene beschikkingsbevoegdheidsregels bij goederen die aan meerdere personen toebehoren in de 'gewone' mede-eigendom in de zin van Boek 3 BW. Dientengevolge is ook de positie van de derde bij bestuursoverschrijdingen ten aanzien van gemeenschapsgoederen heel anders dan bij een overschrijding van de bepalingen van art. 3:170 BW bij 'gewone' mede-eigendom. Ook wordt de positie

van de derde bekeken, die te maken heeft met een wederpartij die exclusief eigenaar is van het goed, waarop de transactie betrekking heeft.

De derde bevindt zich ten opzichte van een in de wettelijke gemeenschap gehuwde wederpartij in beginsel niet in een slechtere positie dan ten opzichte van een handelende partij die niet in de wettelijke gemeenschap is gehuwd.

Het Duitse algemene vermogensrecht geeft de echtgenoot die niet met de derde heeft gehandeld, een sterkere positie ten koste van de derde bij bestuursoverschrijdingen, voor zover deze betrekking hebben op de echtelijke woning. Het Duitse huwelijksvermogensrecht kent geen specifieke regeling inzake de gevolgen voor derden bij bestuursoverschrijdingen in het regime van de Zugewinngemeinschaft.

Opmerkelijk is dat het verschil tussen de twee wettelijke stelsels (gemeenschap van goederen in Nederland, en een stelsel van scheiding van goederen met verrekening na afloop in Duitsland) niet tot grote verschillen leidt in de positie van de derde, die met deze echtgenoten te maken heeft.

Hoofdstukken 5-7: echtgenoten hebben vanaf hun huwelijkssluiting een ander dan het wettelijke regime aangewezen

In de hoofdstukken 5-7 komt aan de orde, in hoeverre de bovengeschetste situatie afwijkt van hetgeen geldt wanneer echtgenoten voor de huwelijks-sluiting huwelijksse voorwaarden maken. Ik heb voor het Nederlandse recht de scheiding van goederen in het algemeen onderzocht, zonder daarbij een onderscheid te maken naar eventuele verrekenstelsels die daaraan gekoppeld zijn. Voor het Duitse recht heb ik het onderzoek beperkt tot de in de wet beschreven keuzestelsels. Varianten daarop die in de Duitse praktijk zijn toegestaan, zijn - evenals in het gedeelte over het Nederlandse recht - buiten beschouwing gebleven.

Opvallend is dat de formele regeling betreffende de inschrijving van een afwijkend regime tussen de onderzochte landen niet wezenlijk verschilt. Desondanks blijken grote verschillen op te treden tussen de inschrijvingspraktijk in Duitsland en Nederland. Het gevolg daarvan is dat de positie van derden, die formeel vergelijkbaar is, daardoor in de praktijk sterk verschilt: aangezien in Duitsland (vooral om financiële redenen) slechts zeer zelden inschrijving van een afwijkend huwelijksgoederenregime plaatsvindt, behoeft een derde in Duitsland er nauwelijks rekening mee te houden dat een van het wettelijk stelsel afwijkend regime geldt bij zijn wederpartij. Mocht dat zich in werkelijkheid wel voordoen, dan wordt de derde vaak tegen nadelige gevolgen hiervan beschermd door bepalingen in het Duitse huwelijksvermogensrecht. In Nederland zal een derde veel vaker te maken krijgen met echtgeno-

ten die zich jegens hem kunnen beroepen op een van de wettelijke gemeenschap afwijkend huwelijksgoederenregime.

Hoofdstukken 8-9: Veranderingen in het toepasselijke huwelijksgoederenrecht staande huwelijk

In beide landen is het tegenwoordig mogelijk om - gedurende het huwelijk - met behulp van huwelijkse voorwaarden wijzigingen aan te brengen in het toepasselijke huwelijksgoederenregime. In dit onderzoek zijn de overgangen van het ene naar het andere stelsel binnen een rechtssysteem onderzocht. Een verschil tussen het Nederlandse en Duitse recht bestaat daarin dat bij het maken van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk in Nederland een rechterlijke toetsing plaatsvindt, die naast de belangen van de echtgenoten ook die van schuldeisers van het echtpaar omvat. Het Duitse recht kent deze toetsing niet. Deels is dit nadeel opgevangen door vergaande verhaalsaanpakken aan de derden toe te kennen bij een wijziging die voor hen nadelig kan zijn. Deze komen in de hoofdstukken 14 en 15 aan de orde.

Het feit dat de wijziging van regime staande huwelijk in Duitsland ook zonder rechterlijke controle verloopt, is koren op de molen van de Nederlandse auteurs die pleiten voor afschaffing van de rechterlijke toetsing bij huwelijkse voorwaarden staande huwelijk. Zoals blijkt uit mijn conclusies in hoofdstuk 16 sta ik niet bij voorbaat afwijzend tegenover dit aspect van het Duitse systeem, ervan uitgaande dat de positie van de schuldeisers op andere wijze wordt veiliggesteld, bijvoorbeeld via andere derdenbeschermingsmaatregelen die niet door middel van rechterlijke goedkeuring werken.

Hoofdstukken 10-13: Persoonlijke gevolgen van het huwelijk

Naast de genoemde goederenrechtelijke gevolgen kent het huwelijk in de twee onderzochte Staten nog andere gevolgen, die raakvlakken hebben met het huwelijksvermogensrecht. Men verstaat onder de zogenaamde 'persoonlijke gevolgen van het huwelijk', in het Duits 'Ehewirkungen' genoemd, ondermeer de tengevolge van de huwelijkssluiting optredende dubbele aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden, in het Duits ook wel 'Schlüsselgewalt' genoemd, en diverse toestemmingsvereisten.

De dubbele aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden naar Nederlands recht lijkt, wat de aansprakelijkheid betreft, op de Schlüsselgewalt in het Duitse recht. Het meest opmerkelijke verschil is dat naar Nederlands recht de mede-aansprakelijk geworden echtgenoot niet de overeengekomen prestatie kan vorderen van degene met wie zijn echtgenoot een overeenkomst heeft

gesloten. In Duitsland is dit wel mogelijk.

Ten aanzien van de toestemmingsvereisten is het meest opvallende verschil tussen de twee rechtssystemen dat het Duitse recht de toestemmingsvereisten koppelt aan een bepaald huwelijksgoederenregime. Dit strookt met het feit dat het Duitse huwelijksgoederenrecht een gesloten stelsel van huwelijksgoederenstelsels kent (Typenzwang). Indien de echtgenoten een bepaald huwelijksgoederenstelsel hebben en staande huwelijk naar een ander stelsel overgaan, dan heeft dit ook gevolgen voor de rechtshandelingen die aan de toestemming van de andere echtgenoot zijn onderworpen. In het Nederlandse recht daarentegen zijn de toestemmingsvereisten gelijk, ongeacht welk huwelijksgoederenrechtelijk stelsel de echtgenoten hebben gekozen.

De rechtshandelingen waarvoor toestemming wordt vereist, betreffen in de beide landen zeer uiteenlopende rechtshandelingen. Hierbij valt op dat het Nederlandse recht de nadruk legt op de inhoud van de rechtshandeling (bijvoorbeeld zijn borgtochten en garantieovereenkomsten aan toestemming onderworpen). Deze aanpak lijkt op die welke het Duitse recht heeft gekozen bij de Gütergemeinschaft. Daarentegen is bij echtgenoten, die in Zugewinnsgemeinschaft zijn gehuwd, meer gekeken naar de gevolgen, die bepaalde rechtshandelingen voor de financiële basis voor het gezin hebben. Bij de Zugewinnsgemeinschaft wordt - naast een algemene bescherming van de inboedel van de echtelijke woning - niet geconcretiseerd, welk soort rechtshandeling aan toestemming is onderworpen. Hierbij is vooral relevant hoeveel van het vermogen bij de handelende echtgenoot na de transactie nog als basis voor het gezin kan dienen.

In het Duitse recht gelden geen toestemmingsvereisten voor echtgenoten die in Gütertrennung zijn gehuwd. In Nederland gelden de toestemmingsvereisten altijd. Het is evenmin, anders dan in het Duitse recht, mogelijk om de toestemmingsvereisten door middel van huwelijksvoorwaarden buiten werking te stellen. Opvallend is dat in beide landen in de literatuur wordt verdedigd, dat ook omvangrijke geldleningen aan de toestemming van de niethandelende echtgenoot moeten worden onderworpen. Deze uitbreiding van de toestemmingseisen lijkt mij zinvol.

Hoofdstukken 14-15: Verhaalsmogelijkheden van schuldeisers

In de hoofdstukken 14-15 zijn de verhaalsrechtelijke gevolgen voor de schuldeisers van de echtgenoten onderzocht. Het blijkt dat een aantal bijzondere verhaalsregels door de wetgever is geschreven, om benadeling van schuldeisers door samenspanning of slordig ‘door elkaar raken’ van goederen der echtgenoten te voorkomen. Enerzijds lijken deze maatregelen plausibel; anderzijds is het merkwaardig dat deze maatregelen alleen bij gehuwde

samenwonenden gelden, terwijl de genoemde argumenten bij andere samenlevers op affectieve basis niet minder sterk spelen.

Ik richt voorts mijn kritiek op twee aspecten van het Nederlandse art. 1:102 BW. Ten eerste is het rechtsgevolg van deze bepaling dat schuldeisers na de ontbinding van de gemeenschap verhaal kunnen nemen op de privégoederen van de echtgenoot die de verbintenis niet was aangegaan. Dit is afwijkend van de situatie voor de ontbinding van de gemeenschap en bovendien in strijd met een van de beginselen van het algemene vermogensrecht. Ten tweede is mijns inziens niet juist dat de bepaling van art. 1:102 BW wordt uitgelegd in die zin dat de andere echtgenoot aansprakelijk wordt voor de helft van de oorspronkelijke schuld zoals deze was aangegaan. Mijns inziens moet dit worden opgevat als een aansprakelijkheid voor de helft van de schuld zoals deze op het moment van ontbinding van de gemeenschap bestond.

Het Duitse equivalent van deze bepaling, § 1362 BGB, gaat nog verder in zijn afwijking van het Duitse systeem. Daar wordt verhaal mogelijk gemaakt op goederen die zich in het 'Besitz' van een of beide echtgenoten bevinden. Dit gaat zelfs nog verder dan de Nederlandse regeling. Het is mijns inziens niet gerechtvaardigd om schuldeisers van echtgenoten op deze wijze een veel sterkere verhaalspositie te geven dan schuldeisers van ongehuwden.

Deel II: Internationaal Privaatrecht

Hoofdstukken 17-21: de IPR-bepalingen inzake het huwelijksgoederenrecht in het Nederlandse en Duitse IPR en de gevolgen voor derden van het handelen met echtgenoten met een buitenlands huwelijksgoederenregime

De vergelijking van beide stelsels van IPR-huwelijksgoederenrecht laat zien dat het Verdrag 1978 veel ingewikkelder van karakter is dan het systeem van de Duitse verwijzingsregels. Mijns inziens had de Nederlandse wetgever kunnen volstaan met een commune conflictregel die grotendeels overeenstemt met de verwijzingsregels uit het Chelouche/Van Leer-arrest.

De Duitse conflictregels zijn in zoverre heel anders van opzet dan de Nederlandse, dat men ervoor heeft gekozen een directe koppeling aan te brengen tussen het huwelijksgevolgenrecht en het huwelijksvermogensrecht in enge zin. Het Nederlandse IPR brengt hiertussen juist een sterke scheiding aan, hetgeen deels te verklaren is vanuit de gedachte dat het Huwelijksvermogensverdrag 1978 geen betrekking heeft op de niet-vermogensrechtelijke gevolgen van een huwelijk.

Doordat het Duitse recht bij een verwijzing naar een buitenlands rechtssysteem niet alleen verwijst naar het interne recht van die Staat maar ook naar het IPR ervan (in IPR-terminologie: renvoi), zullen Duitse praktijkjuristen regelmatig te maken krijgen met de regels van het Verdrag, indien Nederlands (dan wel Frans of Luxemburgs) recht toepasselijk is. Op deze wijze komt het Verdrag via een omweg alsnog de Duitse rechtsorde binnen, zulks terwijl de Duitse wetgever voor het Duitse IPR de invoering van het Verdrag had afgewezen en renvoi in het Verdrag 1978 is uitgesloten!

De derdenbeschermingsregels in beide stelsels die in de hoofdstukken 20 en 21 aan de orde komen, gaan ervan uit dat een zekere gelijkloop qua systematiek in het interne recht en het IPR wenselijk is. Beide rechtssystemen kennen ook in het IPR een vorm van derdenbescherming die is gebaseerd op het nalaten van een inschrijving in het huwelijksgoederenregister. Weten derden niets van de gelding van het buitenlandse huwelijksgoederenrecht en is hiervan ook geen inschrijving in het register te vinden, dan wordt een derde hier tegen in beginsel beschermd. De kans dat een derde op grond van een dergelijke inschrijving het buitenlandse recht tegengeworpen krijgt is in Nederland overigens veel groter omdat hier te lande veel meer echtparen tot inschrijving overgaan dan in Duitsland. Het praktische gevolg is dat het in Duitsland zeer zelden zal voorkomen dat een derde wordt verrast door de toepasselijkheid van buitenlands huwelijksvermogensrecht.

Hoofdstukken 21-22: Veranderingen in het toepasselijke recht op het huwelijksgoederenregime

Het onderzoek in de hoofdstukken 21 en 22 naar de praktische gevolgen van een overgang van het ene naar het andere recht is beperkt tot de gevolgen van een wijziging van het Nederlandse naar het Duitse recht en andersom. Deze overgang wordt vanuit de Nederlandse en de Duitse optiek bekeken. Daarbij worden de verschillende overgangsmogelijkheden uit het Verdrag 1978 en het Duitse commune recht naast elkaar gelegd en vergeleken. Een voordeel valt aan het Duitse systeem niet te ontzeggen: anders dan het Verdrag 1978 kent het geen automatische veranderingen op het gebied van het IPR-huwelijksgoederenrecht. Door het zojuist genoemde fenomeen van renvoi kan het echter toch voorkomen dat de overgangsregels van het Verdrag in Duitsland doorwerken. Dit betekent dat ook de Duitse rechtspraktijk kennis moet nemen van de wijzen waarop het Verdrag de veranderingen van het toepasselijke recht regelt.

Opmerkelijk is dat zowel in het Verdrag als in het Duitse IPR onvoldoende is uitgewerkt, wat de concrete rechtsgevolgen zijn van een overgang van het

ene rechtsstelsel naar het andere. In de genoemde hoofdstukken zijn concrete uitwerkingen opgenomen.

Hoofdstukken 23-26: IPR-huwelijksgevolgen in het Nederlandse en Duitse recht

In deze hoofdstukken worden de huwelijksgevolgen in een IPR-context geplaatst. Hierbij valt op dat het Nederlandse recht voor elk huwelijksgevolg een aparte conflictregel heeft geformuleerd in de WCHb (Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen). Hoewel op de concrete inhoud van de regels in deze hoofdstukken enige kritiek wordt geleverd, is wel duidelijk op welk soort regels de bepalingen van de WCHb betrekking hebben en welk recht zij als toepasselijk aanwijzen.

In het Duitse IPR is voor alle huwelijksgevolgen dezelfde conflictregel geformuleerd, maar de winst die hierin lijkt te schuilen, wordt mijns inziens in ieder geval ten dele teniet gedaan door de kwalificatieperikelen die het Duitse IPR op dit terrein kent: als een huwelijksgevolg is verbonden met de gelding van een concreet huwelijksgoederenstelsel, dan is het te kwalificeren als huwelijksgoederenrechtelijk van aard en wordt het toepasselijke recht aangeknoopt door de huwelijksgoederen-conflictregel. Staat daarentegen de toepasselijkheid los van een bepaald goederenrechtelijk stelsel waardoor een huwelijksgevolg voor alle echtgenoten toepasselijk is die onder dat recht vallen, dan moet het huwelijksgevolg worden aangeknoopt via een aparte huwelijksgevolgen-conflictregel.

Dit blijkt de oorzaak van een groot aantal schier onoplosbare problemen, met name als men daar nog de werking van renvoi bij betreft. Het is dan niet denkbeeldig dat ineens meerdere bij een geval betrokken rechtsstelsels toestemmingsvereisten kennen die tegelijkertijd gelden. Voor derden is dit een onoverzienbaar mijnenveld dat mijns inziens zou moeten worden vermeden. In de hoofdstukken over deze onderwerpen laat ik een aantal mogelijke oplossingen hiervoor de revue passeren.

Hoofdstukken 27-28: Verhaalsproblemen in het Nederlandse en Duits IPR

De kwestie van de verhaalsmogelijkheden speelt in verhevigde mate in IPR-casus. Voor internrechtelijke overgangen van het ene naar het andere stelsel hebben de wetgever en de praktijk voorzieningen getroffen, maar voor IPR-verhoudingen ontbreken specifieke afstemmingsmechanismen die de verhaalsproblemen bij de overgang van het ene naar een ander rechtsstelsel

kunnen voorkomen. Een bijkomend probleem is dat in het Duitse IPR geen duidelijkheid bestaat volgens welk recht de verhaalsproblematiek moet worden aangevat: het oude of het nieuwe recht.

Het Verdrag volstaat met een algemene regel dat crediteuren door de overgang niet benadeeld mogen worden. Een meer concrete uitwerking ontbreekt. Ik stel voor dat een eventuele benadeling moet worden weggenomen door een soort ‘voorrang bij verhaal’: mocht zich benadeling voordoen die is veroorzaakt door de overgang van het ene naar het andere rechtsstelsel dan kan de benadeelde schuldeiser zich bij voorrang verhalen op de goederen waarop hij voor de overgang ook verhaal had. De bescherming gaat natuurlijk niet zover dat deze schuldeiser een exclusief recht krijgt op een bepaald goed, maar anderzijds behoeft hij niet te concurreren met schuldeisers die pas door de overgang een verhaalsrecht op dat goed hebben gekregen.

Het Duitse recht gaat ervan uit dat de ‘oude’ schuldeiser wel met deze schuldeisers moet concurreren. Zijn verhaalsmogelijkheden worden louter door het nieuwe recht beheerst. Passend bij de opvattingen uit het interne recht kent het Duitse IPR geen aparte bescherming van schuldeisers die door een IPR-overgang worden benadeeld. Op dit punt is derhalve een duidelijk verschil in opvatting vast te stellen tussen het Duitse interne recht en IPR enerzijds, en het Nederlandse interne recht en het Verdrag anderzijds. Het is opmerkelijk dat de inhoud van het Verdrag hier naadloos aansluit bij de Nederlandse opvattingen in het interne recht.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Studie befaßt sich mit den Unterschieden zwischen der Stellung einer Vertragspartei, die einen Vertrag mit einer verheirateten Person schließt, und einer Partei, die einen Vertrag mit einer unverheirateten Person schließt. Dabei ergab sich, daß die Unterschiede sich auf bestimmte Gebiete in beiden Rechtssystemen konzentrieren. Auffallend ist, daß gewisse Unterschiede sowohl im deutschen, als auch im niederländischen Recht auftreten, obwohl sich die Rechtssysteme der beiden Staaten an einigen wichtigen Stellen gravierend voneinander unterscheiden.

Im folgenden werden nur einige Facetten aufgezeigt. Für eine gründliche Besprechung der Unterschiede verweise ich auf Kapitel 16 für das interne Recht und Kapitel 29 für das IPR.

Teil I: Internes Recht

Kapitel 1-4: Gesetzlicher Güterstand und die Folgen der Verwaltungshandlungen des Ehegatten, der nicht zur Verwaltung befugt war

In den ersten zwei Kapiteln werden die Hauptregeln der gesetzlichen Güterstände der Niederlande und Deutschlands besprochen. Im dritten und vierten Kapitel werden die Folgen für Dritte untersucht, die mit einer Verwaltungshandlung eines unbefugten Ehegatten konfrontiert werden. Diese Folgen werden mit den Folgen verglichen, die auftreten, wenn ein unverheirateter Unbefugter über ein bestimmtes Gut verfügt hat.

Obwohl bei der letzten Reform des niederländischen Ehegüterrechts im allgemeinen so viel wie möglich versucht wurde, das Ehegüterrecht an das allgemein geltende Recht anzugleichen, hat man dies im Bereich der Verwaltungsmacht der Ehegatten, die im niederländischen gesetzlichen Güterstand leben, unterlassen. Die Verteilung der Verwaltungsbefugnis dieser Ehegatten weicht wesentlich von der Regelung ab, die bei Miteigentümern im Sinne der Abteilung 3.7 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches gilt. Das hat zur Folge, daß die Rechtsstellung eines Dritten, der mit einer Überschreitung der Verwaltungsmacht durch einen Miteigentümer konfrontiert wird, davon abhängt, um welche Art des Miteigentums es sich handelt. Zum Vergleich

habe ich die Stellung eines Dritten beschrieben, der eine Sache vom Eigentümer der Sache erwirbt.

Es ergab sich, daß der Dritte im Verhältnis zu einem Ehegatten, der in der niederländischen Gütergemeinschaft verheiratet ist, nicht benachteiligt wird, wenn man dies mit einem Dritten vergleicht, der einen Vertragspartner hat, der nicht im besagten Güterstand verheiratet ist.

Das deutsche Sachenrecht schützt den Ehegatten desjenigen, der den Verwaltungsbefugnissen zuwider gehandelt hat, wenn die Handlung sich auf die eheliche Wohnung bezieht. Das deutsche Ehegüterrecht kennt keinen besonderen Schutz Dritter bei der Überschreitung der Verwaltungsmacht durch Ehegatten, die in Zugewinnsgemeinschaft verheiratet sind.

Bemerkenswert ist, daß der grundsätzliche Unterschied zwischen dem niederländischen und dem deutschen gesetzlichen Güterstand (Gütergemeinschaft des niederländischen Rechts beziehungsweise Zugewinnsgemeinschaft) kaum von Einfluß auf die Stellung Dritter ist, die mit diesen Ehegatten Rechtsgeschäfte tätigen.

Kapitel 5-7: Ehegatten wählen vom Tage der Eheschließung an einen anderen als den gesetzlichen Güterstand

In welchem Maße das Besprochene auch dann zutrifft, wenn die Ehegatten vor ihrer Eheschließung einen Ehevertrag geschlossen haben, wird in den Kapiteln 5-7 besprochen. Im niederländischen Recht wurde diesbezüglich die Gütertrennung im allgemeinen untersucht, wobei etwaige Abrechnungen nach Beendigung des Güterstandes außer Betracht gelassen wurden. Im deutschen Recht habe ich mich auf die gesetzlichen Wahlgüterstände beschränkt, wobei - wie im niederländischen Recht - in der Praxis übliche Variationen nicht einbezogen sind.

Auffallend ist, daß die gesetzlichen Regelungen der Eintragung der vom gesetzlichen Güterstand abweichenden Güterstände in beiden Ländern im wesentlichen übereinstimmen. Dennoch ist die Eintragungspraxis in beiden Ländern sehr unterschiedlich. Das hat zur Folge, daß die Stellung der Personen, die mit den desbetreffenden Ehegatten Rechtsgeschäfte abschließen, sich erheblich von einander unterscheidet. Da in Deutschland (aus finanziellen Gründen) die Eintragung vielfach unterbleibt, braucht ein Vertragspartner nur in seltenen Fällen davon auszugehen, daß ein anderer als der gesetzliche Güterstand gilt. Gilt dann tatsächlich doch ein Wahlgüterstand, so wird der Vertragsgegner des Ehegatten häufig durch das deutsche Ehegüterrecht gegen die negativen Folgen des Wahlgüterstandes geschützt.

In den Niederlanden muß ein Vertragspartner viel häufiger mit der Geltung

eines Wahlgüterstandes rechnen, weil in den meisten Fällen eine Eintragung des Ehevertrags erfolgt.

Kapitel 8-9: Änderungen des Güterstandes während der Ehe

In beiden Staaten ist es möglich, während der Ehe den Güterstand durch einen Ehevertrag zu ändern. Ich habe die Folgen untersucht, die eine solche Änderung innerhalb eines Rechtssystems hervorruft. Ein Unterschied zwischen dem niederländischen und dem deutschen System besteht darin, daß in den Niederlanden für eine Güterstandsänderung während der Ehe eine richterliche Einwilligung erforderlich ist, vor deren Erteilung der Richter prüft, ob und in wieweit die Interessen der Ehegatten und ihrer Gläubiger der Änderung entgegenstehen. Das deutsche Recht kennt eine solche Prüfung nicht. Teilweise wird dieser Unterschied dadurch kompensiert, daß die Gläubiger der Ehegatten im deutschen Recht nach einer Änderung des Güterstandes im Falle ihrer Benachteiligung weitreichende Haftungsansprüche gegen die Ehegatten geltend machen können. Dieses Thema wird in den Kapiteln 14 und 15 näher ausgearbeitet.

Das Fehlen einer richterlichen Prüfung bei Güterstandsänderungen im deutschen Recht ist ein Argument der niederländischen Autoren, die sich für die Abschaffung dieser Kontrolle einsetzen. Wie Kapitel 16 zu entnehmen ist, erscheint mir die deutsche Lösung dann keine schlechte Methode, wenn man dem Vertragspartner und anderen Gläubigern anderwärtig ausreichenden Schutz bietet.

Kapitel 10-13: Die Wirkungen der Ehe

Außer den genannten güterrechtlichen Folgen hat eine Ehe in beiden Ländern noch andere Wirkungen, die mit dem Ehegüterrecht zusammenhängen, jedoch nicht dazu gerechnet werden. Unter den sogenannten Ehewirkungen, die im niederländischen Recht auch „persönliche Ehewirkungen“ genannt werden, versteht man unter anderem die doppelte Haftung bei Haushaltsschulden, im deutschen Schrifttum nach ihrem historischen Vorläufer auch noch „Schlüsselgewalt“ genannt. Zu den Ehewirkungen gehören des weiteren verschiedene Zustimmungsregeln, bei denen der andere Ehegatte sein Einverständnis mit Rechtsgeschäften seines Ehepartners erklärt.

Die niederländische doppelte Schuldnerstellung für Haushaltsschulden ist der deutschen „Schlüsselgewalt“ sehr ähnlich. Ein gravierender Unterschied besteht darin, daß - anders als im niederländischen Recht - der andere Ehegatte in Deutschland auch Gläubigerrechte hat und die Erfüllung des Vertrages vom Vertragsgegner fordern kann.

Bei der Zustimmung tritt der Hauptunterschied zwischen dem niederländischen und dem deutschen Recht zutage. Im deutschen Ehegüterrecht sind die Fälle, in denen die Zustimmung des anderen Ehegatten erforderlich ist, mit konkreten Güterständen verbunden, während in den Niederlanden die Zustimmungsregeln allgemein gelten. Die deutsche Regelung geht im Ehegüterrecht vom Typenzwang aus. Wenn Ehegatten nach deutschem Recht während der Ehe ihren Güterstand ändern, so beeinflußt das auch die Frage, welche Rechtsgeschäfte zustimmungsbedürftig sind. Im niederländischen Recht dagegen gelten immer dieselben Zustimmungserfordernisse, unabhängig vom jeweiligen Güterstand.

Die zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte beziehen sich in beiden Ländern auf sehr unterschiedliche Bereiche. Es fällt auf, daß das niederländische Recht den Inhalt des jeweiligen Rechtsgeschäfts benachdruckt. So sind Bürgschaften und sogenannte Garantieverträge, bei denen der Ehegatte für eine Leistung eines die Garantie übernimmt, zustimmungsbedürftig. Im deutschen Recht wird bei der Gütergemeinschaft entsprechend verfahren. Dagegen sind die Zustimmungserfordernisse bei der Zugewinnngemeinschaft an die finanziellen Folgen der Rechtsgeschäfte für die Familie des handelnden Ehegatten gekoppelt. Bei der Zugewinnngemeinschaft ist - abgesehen von einem generellen Schutz der Ehewohnung - nicht konkret dargelegt, welcher Art das Rechtsgeschäft sein muß. Relevant ist grundsätzlich nur, wieviel vom Vermögen des handelnden Ehegatten als finanzielle Basis für die Familie übrigbleibt.

Das deutsche Recht kennt keine Zustimmungserfordernisse für Ehegatten, die Gütertrennung vereinbaren. In den Niederlanden hingegen gelten die Zustimmungserfordernisse, wie gesagt, für alle Ehegatten. Es ist auch im Gegensatz zum deutschen Recht nicht möglich, in einem Ehevertrag von den gesetzlichen Zustimmungserfordernissen abzuweichen.

Bemerkenswert ist, daß in beiden Staaten im Schrifttum zurecht die Ansicht vertreten wird, daß auch größere Kredite an einen der Ehegatten zustimmungsbedürftig sein sollten.

Kapitel 14-15: Vollstreckungsmöglichkeiten für die Gläubiger der Ehegatten

In den Kapiteln 14 und 15 werden die Möglichkeiten zur Vollstreckung in das Vermögen der Ehegatten behandelt. Dabei fällt auf, daß der Gesetzgeber die Gläubiger vor allem vor Nachteilen schützen will, welche durch unklare Eigentumsverhältnisse zusammenlebender Ehegatten verursacht werden, unabhängig davon, ob eine Benachteiligungsabsicht im Spiel war oder nicht. Diese Bestrebungen erscheinen einerseits plausibel; andererseits ist es merk-

würdig, daß sie nur für Eheleute gelten sollen. Für Unverheiratete, die einen gemeinsamen Haushalt führen, gelten diese Argumente doch wohl gleichermaßen.

Meine Bedenken beziehen sich auch auf zwei Konsequenzen des niederländischen Artikels 1:102 BW. Er ermöglicht es nämlich zunächst einmal, Gläubigern nach der Beendigung der niederländischen Gütergemeinschaft, auch in Güter zu vollstrecken, die dem Ehegatten des Vertragschließenden gehören. Das Privatvermögen des anderen Ehegatten ist während der Gütergemeinschaft vor Durchgriffen der Gläubiger des anderen Ehegatten sicher; danach ist das dann nicht mehr der Fall. Das widerspricht auch den allgemeinen Regeln des niederländischen Vertragsrechts, das davon ausgeht, daß nur in das Vermögen des Schuldners vollstreckt werden kann.

Des weiteren sollte der andere Ehegatte nach Beendigung der Gütergemeinschaft nicht auch plötzlich für die Hälfte der ursprünglichen Schuld haften. Dieser Ehegatte sollte vielmehr nur für die Hälfte der Schuld haften, die zur Zeit der Beendigung der Gütergemeinschaft noch besteht.

Die entsprechende deutsche Regelung, § 1362 BGB, entfernt sich noch weiter vom System des allgemeinen Vertragsrechts. Der Gläubiger kann gemäß § 1362 BGB in alle Gegenstände vollstrecken, die sich im Besitz eines oder beider Ehegatten befinden. Das geht noch über das nach niederländischem Recht zulässige hinaus. Meiner Meinung nach sollten Gläubiger von Ehegatten nicht wesentlich besser gestellt werden, als Gläubiger unverheirateter Personen, die zum Vergleich herangezogen werden.

Teil II: Internationales Privatrecht

Kapitel 17-21: IPR-Bestimmungen in den Niederlanden und in Deutschland und die Folgen für Dritte bei Verträgen mit Ehegatten mit ausländischem Ehegüterrecht

Wenn man die beiden IPR-Systeme vergleicht, fällt sogleich auf, wie kompliziert das Haager Ehegüterabkommen von 1978 ist, und wieviel einfacher im Vergleich dazu die deutschen Regeln des EGBGB sind. Meines Erachtens hätte sich der niederländische Gesetzgeber auf eine gesetzliche Regelung beschränken können, die der Stufenleiter des Chelouche/Van Leer-Arrests sehr ähnlich ist.

Die deutschen IPR-Regeln gehen - anders als das niederländische Recht - davon aus, daß das Ehewirkungs- und das Ehegüterrecht im Prinzip durch

dasselbe Recht bestimmt werden sollen. Im Gegensatz dazu kennt das niederländische Recht eine strikte Trennung der beiden Bereiche, welche zum Teil auf die Idee zurückzuführen ist, daß das Haager Abkommen sich nicht auf Gebiete des Ehewirkungsrechts bezieht.

Weil das deutsche Kollisionsrecht im Prinzip nicht auf das interne Recht eines Staates verweist, sondern auf dessen IPR (im IPR-Jargon Renvoi genannt), werden deutsche Juristen in der Praxis regelmäßig mit den Regeln des Haager Ehegüterabkommens konfrontiert, wenn niederländisches, französisches oder luxemburgisches Recht anwendbar ist. Auf diese Weise dringt das Abkommen auf einem Umweg wieder in die deutsche Rechtsordnung ein, obwohl der deutsche Gesetzgeber dem Abkommen bewußt nicht beigetreten ist und Renvoi im Abkommen abgelehnt wird.

Die Bestimmungen zum Schutze Dritter in den beiden Systemen, die in den Kapiteln 20 und 21 besprochen werden, gehen davon aus, daß eine systematische Parallele zwischen dem IPR und dem internen Recht erstrebenswert ist. Beide Systeme kennen auch im IPR einen Schutz, der von einer Eintragung im Güterrechtsregister abhängig ist. Wenn Dritte nichts von der Geltung des ausländischen Ehegüterrechts wissen und dieses auch nicht im Güterrechtsregister eingetragen ist, werden Dritte grundsätzlich gegen nachteilige Folgen geschützt. Die Chance, daß ein Vertragsgegner auf Grund dieses Ausgangspunktes mit der Geltung ausländischen Ehegüterrechts konfrontiert wird, ist übrigens in den Niederlanden wesentlich größer, weil dort viel mehr Ehegatten ihren ausländischen Güterstand eintragen lassen. Die praktische Folge ist, daß es in Deutschland nur selten vorkommt, daß Vertragspartner durch ausländisches Ehegüterrecht des Ehegatten überrascht werden.

Kapitel 21-22: Änderungen des Ehegüterrechts während der Ehe

Die Darstellung der praktischen Folgen eines Wechsels zwischen zwei Rechtssystemen beschränkt sich in der vorliegenden Abhandlung auf einen Übergang vom niederländischen zum deutschen Recht und umgekehrt. Dieser Übergang wird sowohl aus niederländischer als auch aus deutscher Sicht beschrieben. Die verschiedenen Übergangsmöglichkeiten, die sich aus dem Haager Ehegüterabkommen und dem deutschen IPR ergeben, werden miteinander verglichen. Das deutsche IPR hat einen deutlichen Vorteil: dort gibt es nicht die automatischen Übergänge zwischen zwei Rechtsordnungen, die im Haager Abkommen in Artikel 7 vorkommen. Durch das soeben genannte Phänomen des Renvoi kann es aber vorkommen, daß die Übergangsbestimmungen des Abkommens in Deutschland angewendet werden müssen. Das bedeutet, daß die deutsche Rechtspraxis von den Bestimmungen des

Abkommens, welche die Übergänge regeln, ausreichende Kenntnisse erwerben muß. Bemerkenswert ist, daß sowohl im Abkommen als auch im deutschen Recht konkrete Anhaltspunkte dafür fehlen, wie ein solcher Übergang abgewickelt werden soll. In den Kapiteln 21 und 22 werden konkrete Beispiele für die verschiedenen Übergänge ausgearbeitet.

Kapitel 23-26: Wirkungen der Ehe im niederländischen und im deutschen IPR

In diesen Kapiteln werden die Wirkungen der Ehe im IPR besprochen. Dabei fällt auf, daß das niederländische IPR für verschiedene Ehwirkungen eine eigene Kollisionsregel in dem Gesetz Kollisionsrecht in Ehesachen (Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen, WCHb) aufgenommen hat. Obwohl zum Inhalt kritische Äußerungen am Platz sind, wird auf jeden Fall deutlich, auf welche Ehwirkungen sich die einzelnen Bestimmungen beziehen und welches Recht sie für anwendbar erklären.

Im deutschen IPR gilt für alle Ehwirkungen dieselbe Kollisionsnorm; der Vorteil dieses Prinzips wird aber teilweise wieder durch die Qualifikationsprobleme zunichte gemacht, die das deutsche IPR auf diesem Rechtsgebiet schafft: Wenn eine „Ehwirkung“ an einen bestimmten Güterstand gekoppelt ist, dann wird sie im IPR nicht als Ehwirkung qualifiziert, sondern als zum Ehegüterrecht gehörend. Die Kollisionsnorm des Ehegüterrechts bestimmt in diesem Fall das anzuwendende Recht. Ist die Wirkung dagegen nicht von einem bestimmten Güterstand abhängig, dann bestimmt sich das anzuwendende Recht nach der allgemeinen Kollisionsnorm für die Wirkungen der Ehe.

Dieses Prinzip verursacht viele praktisch unlösbare Probleme, vor allem, wenn man bedenkt, daß Renvoi hier noch eine Rolle spielen kann. Es ist denkbar, daß verschiedene Rechtssysteme gleichzeitig verschiedene Zustimmungserfordernisse kennen, die erfüllt werden müssen. Auf diese Weise entstehen unerwünschte Unklarheiten. In den Kapiteln, die sich mit dieser Materie befassen, werden einige Lösungsvorschläge beschrieben.

Kapitel 27-28: Vollstreckungsprobleme im niederländischen und im deutschen IPR

Das Problem der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung tritt ebenfalls bei IPR-Sachverhalten auf. Für die internrechtlichen Übergänge zwischen zwei Güterständen haben die jeweiligen Staaten passende Lösungen entwickelt, aber für IPR-Übergänge fehlen die Mechanismen, die eine Koordination der

Zwangsvollstreckung durch Gläubiger der Ehegatten vor und nach dem Übergang ermöglichen. Ein zusätzliches Problem wird dadurch verursacht, daß im deutschen IPR unklar ist, nach welchem Recht man die Vollstreckungsprobleme behandeln soll: nach dem alten oder dem neuen Recht.

Das Haager Abkommen begnügt sich mit dem allgemeinen Grundsatz, daß Rechte von Gläubigern durch den Übergang vom einen zum anderen Recht nicht beeinträchtigt werden dürfen. Eine Bestimmung darüber, wie das zu erreichen ist, fehlt jedoch. Vorgeschlagen wird hier, das gewünschte Ergebnis über eine Art Bevorzugung der alten Gläubiger zu erreichen. Sollte sich eine Benachteiligung als Folge eines Übergangs ergeben, so kann der jeweilige Gläubiger als erster in die Güter vollstrecken, die ihm vor dem Übergang auch zur Verfügung standen. Dies geht natürlich nicht soweit, daß er exklusive Vollstreckungsrechte auf bestimmte Güter bekommt, er braucht aber nicht die Konkurrenz der Gläubiger zu fürchten, deren Forderung erst nach dem Übergang entstanden ist.

Das deutsche Recht geht davon aus, daß man keinen Unterschied zwischen den beiden Gläubigergruppen machen sollte: die Vollstreckungsmöglichkeiten von allen Gläubigern werden nach dem Übergang durch das neue Recht bestimmt.

In Übereinstimmung mit den Auffassungen im internen Recht, kennt auch das deutsche IPR keine besonderen Schutzbestimmungen für Gläubiger, die durch den Übergang vom einen zum anderen Recht benachteiligt werden. Hier ist ein deutlicher Unterschied zwischen dem deutschen internen Recht und dem deutschen IPR einerseits, und dem Haager Abkommen andererseits, festzustellen. Es fällt auf, daß die Auffassung des Abkommens diesbezüglich mit dem Prinzip des niederländischen internen Rechts übereinstimmt.

Lijst van aangehaalde literatuur

Armbrüster, Christian, Eigentumsvermutung nach § 1006 BGB und Statutenwechsel im internationalen Privatrecht, IPRax 1990, p. 25-26

Asser, T.M.C., Schets van het Internationaal Privaatrecht, Haarlem 1880 (Asser, Schets 1880)

Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht,

- Personenrecht, eerste stuk - Familierecht, 8e druk bewerkt door Paul Scholten† met medewerking van J. Wiarda en G.J. Scholten, Zwolle 1947 (Asser-Scholten-Wiarda)
- Personen- en familierecht, deel II. 12e druk bewerkt door J. de Ruiter en J.K. Moltmaker, Zwolle 1986 (Asser-De Ruiter II en Asser-Moltmaker II)
- Personen- en familierecht, 14e druk bewerkt door J. de Ruiter en J.K. Moltmaker, Zwolle 1992 (Asser-De Ruiter en Asser-Moltmaker)
- Verbintenissenrecht, deel I: de verbintenis in het algemeen. 10e druk bewerkt door A.S. Hartkamp, Zwolle 1996 (Asser-Hartkamp I)
- Verbintenissenrecht, deel II: algemene leer der overeenkomsten. 8e druk bewerkt door A.S. Hartkamp, Zwolle 1993 (Asser-Hartkamp II)
- Erfrecht, 12e druk bewerkt door S. Perrick, Zwolle 1996 (Asser-Van der Ploeg-Perrick)
- Zakenrecht, algemeen deel, 12e druk bewerkt door J.H. Beekhuis, F.H.J. Mijnsen, P. de Haan, Zwolle 1985 (Asser-Beekhuis)
- Zakenrecht, algemeen goederenrecht, 13e druk bewerkt door F.H.J. Mijnsen en P. de Haan, Zwolle 1992 (Asser-Mijnsen-De Haan)
- Bijzondere overeenkomsten, deel I, koop en ruil, 5e druk bewerkt door Jac. Hijma, Zwolle 1994 (Asser-Schut-Hijma)
- Bijzondere overeenkomsten - bewaargeving, bruikleen, verbruikleen, borgtocht, schenking, gevestigde en alijdurende renten, kansovereenkomst en lijfrente, spel en weddenschap, vaststellingsovereenkomst en dading, 5e druk bewerkt door W.M. Kleijn, Zwolle 1988 (Asser-Kleijn)

Baak, J.M.J., De rechtsgevolgen van het huwelijk in het internationaal privaatrecht, dissertatie Leiden 1928 (Baak, diss.)

Baetge, Dietmar, Anknüpfung der Rechtsfolgen bei fehlender Geschäftsfähigkeit, IPRax 1996, p. 185-188

Bar, Christian von, Das Internationale Eherecht auf dem Prüfstand der Verfassung, NJW 1983, p. 1929-1936

Bar, Christian von, Jörn Ipsen, Die Durchsetzung des Gleichberechtigungsgrundsatzes im internationalen Ehegüterrecht, NJW 1985, p. 2849-2856

Bar, Christian von, Internationales Privatrecht,

- Erster Band, Allgemeine Lehren, München 1987 (Von Bar, IPR I)
- Zweiter Band, Besonderer Teil, München 1991 (Von Bar, IPR II)

Bar, Christian von, Die eherechtlichen Konventionen der Haager Konferenz(en), *RabelsZ* 57 (1993), p. 63-119

Basedow, Jürgen, Die Neuregelung des internationalen Privat- und Prozeßrechts, *NJW* 1986, p. 2971-2979

Baumbach, Adolf, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, fortgeführt von Wolfgang Lauterbach, nunmehr verfaßt von Jan Aalbers und Peter Hartmann, 54. neubearbeitete Auflage, München 1996

Baur, Fritz, Jürgen Baur, Rolf Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Auflage, München 1992 (Baur/Stürner, Sachenrecht)

Baur, Fritz, Die prozessualen Auswirkungen der Neuregelung der "Schlüsselgewalt", FS für Günther Beitzke 1979, p. 111-119

Behmer, Rüdiger, Ist die Gütergemeinschaft als Wahlgüterstand "obsolet"?, *FamRZ* 1988, p. 339-349

Beitzke, Günther, Die 13. Haager Konferenz und der Abkommensentwurf zum ehelichen Güterrecht, *RabelsZ* 41 (1977), p. 457-476

Beitzke, Günther, Familienrecht, 25. Auflage München 1985 (Beitzke, Familienrecht)

Beitzke, Günther, Familienrecht, 26. Auflage bearbeitet von Alexander Lüderitz, München 1992 (Beitzke/Lüderitz, Familienrecht)

Benthin, Klaus, Probleme der Zugewinnngemeinschaft heute, *FamRZ* 1982, p. 338-347

Bloembergen, A.R., De artikelen 1.6.7 - 1.6.7b Nieuw BW, *WPNR* 4903 (1966)

Bloembergen, A.R., Rechtshandeling en overeenkomst, Studiereeks burgerlijk recht nr. 3, Deventer 1995 (Bloembergen, Rechtshandeling en overeenkomst)

Boele-Woelki, K., Internationaal Privaatrecht, *AAe-katern* 59, juni 1996, p. 2810-2811

Boer, Th.M. de, R. Kotting, De schijn van rechtszekerheid, Het internationaal huwelijksgoederenrecht na HR 27 maart 1981, *NJ* 1981, 335, *WPNR* 5607 (1982)

Boer, Th.M. de, Internationaal privaatrecht: rechtsmacht inzake een nevenvordering tot boedelscheiding, AAe 1988, p. 562-571

Boer, Th.M. de, R. Kotting, Hoe onberekenbaar is het Nederlandse IPR? Reactie op de bijdrage van Prof. mr. E. Cohen Henriquez in WPNR (1989) 5903, WPNR 5911 (1989)

Boer, Th.M. de, Naar een gecodificeerd internationaal privaatrecht (!/?), Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, no. 101, november 1990, Deventer 1990 (De Boer, Preadvies NVIR 1990)

Boer, Th.M. de, Het Haags huwelijksvermogensverdrag 1978: een verdrag met gebruiksaanwijzing, WPNR 6092 (1993)

Bosch, F.W., Rückblick und Ausblick, oder De legibus ad familiam pertinentibus et reformandis?, (Familienrechtsreform in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft), FamRZ 1980, p. 739-732, 849-855

Bosch, F.W., noot onder OLG Saarbrücken, 15 maart 1984, FamRZ 1984, p. 587

Bosch, F.W., Entwicklungslinien des Familienrechts in den Jahren 1947-1987, NJW 1987, p. 2617-2630

Braams, W.Th., Rechtsvraag inzake de verhouding tussen de verhouding tussen de art. 3.4.2.3b (3:88) en 3.1.2.7 (3:24) Nieuw BW, Kwartaalbericht Nieuw BW 1990, p. 80-81

Braga, S., Die "subjektive Theorie" oder was sonst?, ein Beitrag zu den §§ 1365-1369 BGB, FamRZ 1967, p. 652-662

Brahn, O.K., Levering, Beschikkingsonbevoegdheid, Monografieën Nieuw BW, B-serie, no. 6b, tweede druk, Deventer 1992 (Brahn, Mon. NBW B-6b)

Breukers, B.J., Echtgenoten - Concubijnen - Huisgenoten, in "Samenleven Samenwerken", opstellen aangeboden aan Prof. mr. E.C. Henriquez ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag, Deventer 1983, p. 37-52

Brondics, Klaus, Jürgen Mark, Gleichberechtigungsgebot und Rechtswahl im Internationalen Ehegüterrecht, DNotZ 1985, p. 131-149

Brox, Hans, Zur Frage der Verfassungswidrigkeit der §§ 1363 BGB, 739 ZPO, FamRZ 1981, p. 1125-1134

Bruijn, A.R. de, Het nieuwe huwelijksvermogensrecht, WPNR 4504 (1957)

Bruijn, A.R. de, De rechten en verplichtingen van echtgenoten in het nieuwe B.W., WPNR 4510-4911 (1966)

Bruijn, A.R. de, Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht. 2e druk bewerkt door A.L.M. Soons en W.M. Kleijn, Arnhem 1973 (De Bruijn-Soons-Kleijn)

Büdenbender, Ulrich, Die Neuordnung der “Schlüsselgewalt” in § 1357 n.F. BGB, FamRZ 1976, p. 662-673

Bürgerliche Gesetzbuch, das, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 12. Auflage, Berlin (BGB-RGRK)

Burght, Gr. van der, Het wettelijk deelgenootschap, dissertatie Universiteit van Amsterdam, Deventer 1973 (Van der Burght, diss.)

Burght, Gr. van der, Ongekende wetenschap, Enige beschouwingen over de rechtsgevolgen van de inschrijving in het huwelijksgoederenregister van bepalingen uit huwelijksvoorwaarden, oratie VU 1979, Serie Privaatrechtelijke Begrippen nr. 9, Alphen a/d Rijn, tweede gewijzigde druk, 1980, (Van der Burght, Ongekende wetenschap)

Burght, Gr. van der, Enige opmerkingen bij het voorstel tot wijziging van het huwelijksvermogensrecht bij de Invoeringswet Boeken 3-6 NBW, zesde gedeelte (Kamerstuk 17725), WPNR 5655-5656 (1983)

Burght, Gr. van der, Reparaties op volle zee, in “Een kapitein, twee schepen”, bundel opstellen aangeboden aan Prof. Mr. E.A.A. Luijten, Zwolle, 1984, p. 47-56

Burght, Gr. van der, De notaris en de huwelijksvoorwaarden, in “Notariaat en 150 jaar BW”, Ars Notariatus XXXVIII, Deventer 1988, p. 17-41

Burght, Gr. van der, Vorm in, goede trouw ex, reactie op het artikel van prof. mr. H.C.F. Schoordijk in WPNR (1988) 5873; WPNR 5886 (1988)

Busschere, Carl de, Het Verdrag van Den Haag van 14 maart 1978 over de wet van toepassing op de huwelijksvermogens: een zeer betwist Verdrag, RW 1994, p. 33-40

Chao-Duivis, M.A.B., Derdenbescherming en de ‘vierde’ hand, WPNR 5942 (1989)

Cheshire and North, Private international law, bewerkt door P.M. North en J.J. Fawcett, London, Dublin, Edinburgh 1992 (Cheshire & North)

Cohen Henriquez, E., Twee Haagse verdragen, WPNR 5972 (1990)

Croes, A.L., Enkele aspecten van publiciteit en derdenbescherming in boek 1 NBW, WPNR 5325-5326 (1975)

Davie, Michael, Matrimonial property law in English and American conflict of laws, ICLQ 1993, p. 855-881

Dicey, Albert Venn, and *J.H.C. Morris*, under the editorship of Lawrence Collins, The conflict of laws, 12e druk, Londen 1993 (Dicey & Morris)

Die, B.C. de, Reactie naar aanleiding van het naschrift van prof. mr M.J.A. van Mourik, WPNR 6178 (1995), WPNR 6195 (1995)

Diederichsen, Uwe, Die allgemeinen Ehwirkungen nach dem 1. EheRG und Ehevereinbarungen, NJW 1977, p. 217-223

Dijk, P.L. van, A.L.M. Soons, De Lex Van Oven en de Invoeringswet Boek 1 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Prae-advies voor de Broederschap van notarissen in Nederland, 1966 (Van Dijk, Soons, Prae-advies BN 1966)

Dörner, Heinrich, Moderne Anknüpfungstechniken im internationalen Personen- und Familienrecht, StAZ 1990, p. 1-9

Dörr, Claus, Die Entwicklung des Güterrechts seit dem 1. EheRG, NJW 1989, p. 1953-1965

Dörr, Claus, Die Entwicklung des Familienrechts seit Ende 1990, NJW 1992, p. 529-536

Dörr, Claus, Britta Hansen, Die Entwicklung des Familienrechts seit Mitte 1993, NJW 1994, p. 2799-2801

Dörr, Claus, Britta Hansen, Die Entwicklung des Familienrechts seit Mitte 1995, NJW 1996, p. 2970-2980

Douwes, H., Prof. Van Oven contra minister Van Oven, WPNR 4481 (1957)

Dozy, F.B., Rondom de rechterlijke goedkeuring van huwelijksvoorwaarden, WPNR 4562-4564 (1958)

Draschka, Matthias, Unbenannte Zuwendungen und der erbrechtliche Schutz gegen unentgeltliche Verfügungen; DNotZ 1993, p. 100-106

Droz, Georges A.L., Régards sur le droit international privé comparé, Recueil des Cours 1991 IV, tome 229, p. 13-412

Droz, Georges A.L., Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux, Revue critique de droit international privé 1992, p. 631-680

Duijvendijk-Brand, J. van, Rechtspraakoverzicht, Het wettelijk stelsel van gemeenschap van goederen en de uitzonderingen van art. 1:94 leden 1 en 3 B.W., TPR 1987, p. 620-627

Duijvendijk-Brand, J. van, Afrekenen bij (echt)scheiding, dissertatie Leiden 1990 (Van Duijvendijk-Brand, diss.)

Duijvendijk-Brand, J. van, Haalt art. 85 Boek 1 BW het jaar 2000?, in “Recht vooruit”, Deventer 1988, p. 27-42

Duijvendijk-Brand, J. van, S.F.M. Wortmann, Compendium van het personen- en familienrecht, 6e druk, Deventer 1995 (Compendium personen- en familierecht)

Dutoit, Bernard, La treizième session de la conférence de La Haye de droit international privé sous ligne de droit de la famille, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 1978, p. 449-479

Duynstee, F.M.J.J., Verknochtheid, in “Een kapitein, twee schepen”, bundel opstellen aangeboden aan Prof. Mr. E.A.A. Luijten, Zwolle, 1984, p. 57-71

Ebben, E.W.J., Inleiding huwelijksvermogensrecht, 3^e druk, Deventer 1994

Ebenroth, Carsten Thomas, Uwe Eyles, Der Renvoi nach der Novellierung des deutschen Internationalen Privatrechts, IPRax 1989, p. 1-12

Eichenhofer, Eberhard, Die Auswirkungen der Ehe auf Besitz und Eigentum der Eheleute, JZ 1988, p. 326-332

Einsele, Dorothee, Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht, RabelsZ 60 (1996), p. 417-447

Eisenhardt, Ulrich, Die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts und die Überwindung des Abstraktionsprinzips, JZ 1991, p. 271-277

Ehricke, Ulrich, Die Beachtung von ausländischen Eingriffsnormen - Zu den kollisionsrechtlichen Wirkungen einer fremden bankenaufsichtsrechtlichen Liquidation in Österreich, IPRax 1994, p. 382-387

Erauw, J., Wetskeuze in het internationaal huwelijksvermogensrecht, volgens de conferentie van Den Haag, Tijdschrift voor Notarissen 1979, p. 9-16

Erp, J.L.M. van, De handelingsonbevoegdheid van de notaris c.s., WPNR 6208 (1996)

Ernst, Wolfgang, Ist der gutgläubige Mobilärerwerb eine Rechtsscheinwirkung?, FS für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993, p. 95-120

Ewijk, O.W. van, J.M. Polak, De Wet tot opheffing van de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw. Wet van 14 juni 1956 (Stb. 343). Teksten en toelichtende stukken. Zwolle 1956 (Van Ewijk-Polak)

Finger, Peter, Sind Einkommen und Arbeitskraft bei der Bewertung der Vermögensverhältnisse im Rahmen des § 1365 BGB zu berücksichtigen?, JZ 1975, p. 461-469

Firsching, Karl, Handbuch der Rechtspraxis. Band 5a. Familienrecht, 1. Halbband: Familiensachen, 5. neubearbeitete Auflage van Hans-Ulrich Graba, München 1992 (Firsching/Graba)

Fischer, Gerfried, Verkehrsschutz im internationalen Vertragsrecht, Habilitationsschrift Göttingen 1987; Köln, Berlin, Bonn, München, 1990

Franken, H. e.a., De notaris en het elektronisch rechtsverkeer, Preadvies KNB 1996, Lelystad 1996

Fülbier, Andreas, Haftungseinheit bei mehreren gesamtschuldnerisch haftenden Ehepaaren, NJW 1989, p. 2801-2802

Gamillscheg, Franz, Gleichberechtigung der Frau und Reform des internationalen Privatrechts, RabelsZ 33 (1969), p. 654-709

Geelhand, Nico, Belangenafweging in het huwelijksvermogensrecht: de belangen van de niet-contracterende echtgenoot versus de belangen van de derde-mededecontractant, dissertatie Antwerpen 1994, Gent 1995 (Geelhand, diss.)

Gernhuber, Joachim, Lehrbuch des Familienrechts, 3. Auflage, München 1980 (Gernhuber, Familienrecht)

Gernhuber, Joachim, Dagmar Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 4. völlig neubearbeitete Auflage, München 1994 (Gernhuber/Coester-Waltjen)

Gharbaran, R., H.D. Ploeger, Surinaams huwelijksvermogensrecht: een alternatief?, FJR 1992, p. 218-223

Giehl, Friedrich, Der gutgläubige Mobiliärerwerb - Dogmatik und Rechtswirklichkeit, AcP 161 (1962), p. 357-379

Giesen, Dieter, Familienrecht, Tübingen 1994 (Giesen, Familienrecht)

Giesen, Ivo, Maarten Haak, Het ipr wil van alle walletjes tegelijk eten, Interview met prof. mr. L. Strikwerda, Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad, hoogleraar internationaal privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en lid van de Staatscommissie voor ipr, AAe 1995, p. 555-561

Gisolf, R.C., Kriek/Smit, in “Qui bene distinguit bene docet”, privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan S. Gerbrandy, Arnhem 1991, p. 51-59

Gisolf, R.C., Bespreking van A.L.M. Soons, Ontwikkelingen in het huwelijksvermogensrecht, oratie Leiden 1990, NTBR 1992, p. 134-135

Grooth, G. de, Het nieuwe huwelijksgoederenrecht sinds de opheffing van de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw, RM Themis 1957, p. 197-245

Gursky, Karl-Heinz, Die neuere höchstichterliche Rechtsprechung zum Mobiliarsachenrecht, JZ 1991, p. 496-503 en 650-657

Hartkamp, A.S., Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Deventer 1977 (Hartkamp, Compendium NBW)

Heldrich, Andreas, Reform des internationalen Familienrechts durch Richterspruch - Neue Anknüpfungsregeln für das Scheidungs-, Ehegüter- und Kindschaftsrecht, FamRZ 1983, p. 1079-1086

Heldrich, Andreas, Zur Neubestimmung des Güterrechtsstatuts, IPRax 1984, p. 143-146

Henrich, Dieter, Die Bedeutung der Grundrechte bei der Anwendung fremden Rechts, RabelsZ 36 (1972), p. 2-18

Henrich, Dieter, Alternativen zur Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt in gemischt-nationalen Ehen?, IPRax 1983, p. 62-64

Henrich, Dieter, Das internationale Eherecht nach der Reform, FamRZ 1986, p. 841-852

Henrich, Dieter, Zur Auslegung des Art. 220 Abs. 3 EGBGB, IPRax 1987, p. 93-95

Henrich, Dieter, Internationales Familienrecht, Frankfurt a/M, 1987 (Henrich, IPR Familienrecht)

Henrich, Dieter, Familienrecht, 4. Auflage, Berlin, New York, 1991 (Henrich, Familienrecht)

Hensen, Chr.A.J.F.M., Het nieuwe recht in het voormalige Oost-Duitsland, JBN 1990, nr. 6

Hensen, Chr.A.J.F.M., Is er wel iets veranderd in het internationaal huwelijksvermogensrecht?, WPNR 5943 (1990)

Hensen, Chr.A.J.F.M., Het voorstel voor een Wet Conflictenrecht Huwelijksbetrekkingen II, WPNR 6040 (1992)

Hensen, Chr.A.J.F.M., Koop van onroerende zaken, NJB 1992, p. 1484-1490

Hensen, Chr.A.J.F.M., Leerstuk van de effectieve nationaliteit uitgebannen in het internationaal huwelijksvermogensrecht, JBN 1992, nr. 8

Hensen, Chr.A.J.F.M., Internationaal privaatrecht; rechtspraakoverzicht internationaal huwelijksvermogensrecht, FJR 1993, p. 145-148

Hensen, Chr.A.J.F.M., Internationaal huwelijksvermogensrecht; Nederlands wettelijk regime in strijd met redelijkheid en billijkheid?, JBN 1993, nr. 51

Hensen, Chr.A.J.F.M., Notariële problemen in het internationaal huwelijksvermogensrecht, JBN 1993, nr. 94

Hensen, Chr.A.J.F.M., Buitenlands vermogen en internationaal faillissements- en huwelijksvermogensrecht, JBN 1994, nr. 61

Hensen, Chr.A.J.F.M., Internationaal huwelijksvermogensrecht; een onaanvaardbaar eerste huwelijksdomicilie?, JBN 1994, nr. 107

Heyning, S.H., Q.J. Marck, Te kort door de bocht van het internationaal privaatrecht, reactie naar aanleiding van de beantwoording van rechtsvraag nr. 10 “Huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap?” door prof.mr. M.J.A. van Mourik in WPNR (1994) 6142, WPNR 6148 (1994)

Hidma, T.R., Koude uitsluiting en huishoudelijke arbeid als redelijke grond voor wijziging van huwelijksvoorwaarden, in “Een kapitein, twee schepen”, bundel opstellen aangeboden aan Prof. mr. E.A.A. Luijten, Zwolle 1984, p. 73-87

Hidma, T.R., Huwelijksvoorwaarden staande huwelijk, dissertatie Nijmegen 1986 (Hidma, diss.)

Hidma, T.R., Op het kruispunt van notariële en rechterlijke functie, oratie Groningen 1992, Arnhem 1992 (Hidma, oratie)

Hidma, T.R., Huwelijksvoorwaarden in harmonie en conflict, Preadvies voor de Koninklijke Notariële Broederschap. Lelystad 1994 (Hidma, Preadvies KNB 1994)

Hijma, Jac., Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, dissertatie Leiden 1988 (Hijma, diss.)

Hijma, Jac., Consumentenkoop of gewone koop?, WPNR 6051 (1992)

Hijma, Jac., M. Olthof, Compendium van het Nederlands vermogensrecht, 6e druk, Deventer 1996 (Compendium Hijma/Olthof)

Hoffmann, Martin, Der vollständige Ausschluß des Versorgungsausgleichs durch einen Ehevertrag, NJW 1977, p. 235-236

Hoffmann, Bernd von, Empfiehlt es sich, das EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in das deutsche IPR-Gesetz zu inkorporieren?, IPRax 1984, p. 10-13

Hohloch, Gerhard, BGH-Rechtsprechung aktuell: Familienrecht - Statusfragen, Recht der elterlichen Sorge und Güterrecht, NJW 1995, p. 304-305

Delden, R. van, (red.), Hoofdstukken handelsrecht, Deventer 1989

Delden, R. van, (red.), Hoofdstukken handelsrecht, 2e druk, Deventer 1993

Akveld, J.E.M., e.a. (red.), Hoofdstukken handelsrecht, derde druk, Deventer 1996

Honée, H.J.M.N., Het toestemmingsvereiste en de echtgenoot-grotoaandeelhouder (art. 88 Boek 1 BW), in "Een kapitein, twee schepen", bundel opstellen aangeboden aan Prof. Mr. E.A.A. Luijten, Zwolle, 1984, p. 89-97

Hugenholtz, W., Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht, 18e druk, bewerkt door W.H. Heemskerk, Utrecht 1996 (Hugenholtz-Heemskerk)

Huhn, Diether, Hans-Joachim von Schuckmann, Beurkundungsgesetz, Berlin, New York, 1995 (Huhn/von Schuckmann, Beurkundungsgesetz)

Huijgen, W.G., B.E. Reinhartz, De toestemming van art. 1:88 BW en het erfrecht, WPNR 6208 (1996)

Huls, N.J.H., Wet op het consumentenkrediet, Serie Recht en Praktijk no. 8, Deventer 1993

IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über Internationales Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989, Zürich 1993 (IPRG Kommentar)

Jaeger, Wolfgang, Zur rechtlichen Deutung ehebezogener (sog. unbenannter) Zuwendungen und zu ihrer Rückabwicklung nach Scheitern der Ehe, DNotZ 1991, p. 431-474

Jansen, A., De 'gewone gang der huishouding', WPNR 4492 (1957)

Jauernig, Othmar, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 19., völlig neu bearbeitete Auflage des von Friedrich Lent begründeten Werkes, München 1990 (Jauernig)

Jayme, Erik, Das neue IPR-Gesetz - Brennpunkte der Reform, IPRax 1986, p. 265-270

Jayme, Erik, Zum Güterstand in einer deutsch-italienischen Ehe, IPRax 1986, p. 361

Jayme, Erik, Intertemporales und internationales Ehegüterrecht - Einige vorläufige Betrachtungen, IPRax 1987, p. 95-96

Jayme, Erik, Schlüssige Rechtswahl und italienisches Übergangsrecht im intertemporalen internationalen Ehegüterrecht, IPRax 1990, p. 102-103

Jayme, Erik, Schlüsselgewalt des Ehegatten und Internationales Privatrecht, IPRax 1993, p. 80-81

Jessurun d'Oliveira, H.U., Veto over de lex fori in "Veto over de lex fori" Deventer 1977, p. 49-59

Jessurun d'Oliveira, H.U., De nationaliteit van de gehuwde vrouw, NJB 1993, p. 563-565

Johannsen, Kurt H., Dieter Henrich, Eherecht, München 1992 (Johannsen/Henrich, Eherecht)

Jong, G.T. de, Registers, risico en goede trouw, dissertatie Groningen 1988 (De Jong, diss.)

Joppe, Ingrid S., Voorontwerp van 16 juni 1975 voor een Haags Verdrag nopens de wet welke op het huwelijksgoederenrecht van toepassing is, WPNR 5355 (1976)

Joppe, Ingrid S., Haags ontwerp-verdrag inzake de toepasselijke wet op het huwelijksvermogensrecht (23-10-1976) en het arrest van de Hoge Raad van 10-12-1976, NJ 1977, 275, WPNR 5423, 5424, 5425, met rectificatie in WPNR 5427 (1978)

Joppe, I.S., Overgangsrecht in het internationaal privaatrecht en het fait accompli, dissertatie Leiden 1987, Arnhem 1987 (Joppe, diss.)

Joppe, I.S., Overzicht der Nederlandse rechtspraak, Internationaal Privaatrecht, Huwelijksvermogensrecht (1984-1987), WPNR 5878-5880 (1988)

Joppe, I.S., Rechtsvraag: Internationaal privaatrecht: huwelijksvermogensrecht; de uitdrukkelijke uitsluiting door de erflater in art. 94 BW, WPNR 5894 (1988)

Joppe, I.S., Het overgangsrecht in het internationaal huwelijksvermogensrecht na HR 4 april 1989 (Tan-Bavinck), WPNR 5930 (1989), met rectificatie in WPNR 5935 (1989)

Joppe, I.S., Twee Haagse Verdragen, Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime, 14 maart 1978, Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op erfopvolging, 1 augustus 1989, Preadvies uitgebracht door I.S. Joppe, K.D. de Lange, W. Westbroek, met een inleiding verzorgd door J.H.A. van Loon, voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap te houden te Groningen op vrijdag 5 oktober 1990, Deventer 1990, p. 11-82 (Preadvies KNB 1990)

Joppe, I.S., Artikelen 65-70 IPR-Schets: Erfrecht, WPNR 6109 (1993)

Joppe, I.S., Naschrift bij Heyning, S.H., en Q.J. Marck, Tekort door de bocht van het internationaal privaatrecht, reactie naar aanleiding van de beantwoording van rechtsvraag nr. 10 "Huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap?" door prof.mr. M.J.A. van Mourik in WPNR (1994) 6142, WPNR 6148 (1994)

Joppe, I.S., Boekbespreking van M.H. ten Wolde, Hoofdlijnen van het Nederlandse internationale Huwelijksvermogensrecht, Deventer 1993, WPNR 6162 (1994)

Jurisprudentie (Nieuw) BW, losbl., Alphen a/d Rijn (Jurisprudentie (N)BW)

Kakebeke-Van der Put, M.A., Artikel 177 van het huidige B.W. en de daarvan voorgestelde vorm in het Ontwerp Invoeringswet Boek I van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, NJB 1966 p. 231-236

Käppler, Renate, Familiäre Bedarfsdeckung im Spannungsfeld von Schlüsselgewalt und Güterstand, AcP 179 (1979), p. 245-288

Karstens-van Halsema, H.M., Enige kanttekeningen bij het bestuur van gemeenschapsgoederen, in "Qui bene distinguit bene docet", privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan S. Gerbrandy, Arnhem 1991, p. 61-66

Kartzke, Ulrich, Renvoi und Sinn der Verweisung, IPRax 1988, p. 8-13

Kegel, Gerhard, Internationales Privatrecht, 6. Auflage, München 1987 (Kegel, IPR)

Keijzer, J.A.M.P., Overwegingen bij het opstellen van convenanten, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1989 (Preadvies 1989)

Kiethe, Kurt, Die Form des Ehevertrags, MDR 1994, p. 639-643

Kilger, Joachim, Michael Huber, Anfechtungsgesetz, Beck'sche Kurzkommentare, Band 29, 8. Auflage, München 1995 (Kilger/Huber)

Klaassen-Eggens, Huwelijksgoederen- en erfrecht, eerste gedeelte: Huwelijksgoederenrecht, bewerkt door E.A.A. Luijten. 11e druk, Zwolle 1994 (Klaassen-Eggens-Luijten)

Kleijn, W.M., Quod licet non domino, non licet condomino; oratie Leiden 1970 (Kleijn, oratie Leiden)

Kleijn, W.M., Het huwelijksvermogensrecht in Nederland, TPR 1978, p. 633-640

Kleijn, W.M., Kón en kán een koper zich verweren tegen de gevolgen van niet-rechercheren?, in 'NJ 1913-1988, Annotatoren kijken terug', Zwolle 1988, p. 90-96

Kleijn, W.M., De positie van de inboedel, in gezamenlijk gebruik geweest bij de echtgenoten bij de ontbinding van het huwelijk, WPNR 5924-5925 (1989)

Kleijn W.M., J. van Duijvendijk-Brand, Zo zijn we getrouwd, Deventer 1992 (Kleijn/Van Duijvendijk-Brand)

Kleijn, W.M., Weigering goedkeuring huwelijksvoorwaarden bij hertrouwen, JBN 1992, nr. 108

Kleijn, W.M., Hoe ver reikt de uitsluitingsclausule bij zaaksvervanging?, JBN 1992, nr. 133

Kleijn, W.M., De gezamenlijke bankrekening, in "Erudita Ignorantia", vijftien opstellen bij het vijftiende lustrum van Societas Iuridica Grotius en de vierhonderdentiende geboortedag van Grotius, Arnhem 1992, p. 59-66

Kleijn, W.M., Toestemming echtgenoot bij aandelenoverdracht, JBN 1993, nr. 3

Kleijn, W.M., Nogmaals artikel 1:88 BW en de overdracht van aandelen, JBN 1993, nr. 53

Klein, J., Enige opmerkingen over de bescherming van derden in het nieuwe huwelijksgoederenrecht, WPNR 4655 (1960)

Klinke, Ulrich, Internationales und intertemporales internationales niederländisches Ehegüterrecht, IPRax 1983, p. 132-137

Kniebes, Sigrid en Manfred, Der Versorgungsausgleich nach dem 1. Ehe-rechtsreformgesetz in der Praxis des Notars, DNotZ 1977, p. 269-294

Koens, M.J.C. et al., Het hedendaagse personen- en familierecht, Zwolle 1995

Kokkini-Iatridou, D., Internationaal Privaatrecht, wetgeving, AAe-Katern 34, 1990, p. 1473-1476

Kokkini-Iatridou, D., Boele-Woelki, K., Opmerkingen over de ‘‘Schets van een algemene wet betreffende het IPR’. Een rechtsvergelijkende studie naar Algemene Bepalingen en Niet-contractuele Verbintenissen, NIPR 1992, p. 477-550

Kokkini-Iatridou, D., De Haagse familieoverdragen en het Nederlandse Internationale Familierecht, FJR 1993, p. 122-134

Konijn, Paulette A.M., J.M. Ricksen-van Gerven, Het huwelijksgoederenregister, WPNR 5574 (1981)

Konijn, Paulette A.M., J.M. Ricksen-van Gerven, Die duivelse echtgenoten! (art. 61 Fw), WPNR 5640-5641 (1983)

Konings, P.G.H.T., De openbare registers ten hypotheekantore, dissertatie Nijmegen 1990, Ars Notariatus XLV, Deventer 1990 (Konings, diss.)

Koopal, M.A., De herverpanding van artikel 3:242 BW: een monstrum?, WPNR 6202 (1995), met reactie Chr.M. Stokkermans en naschrift in WPNR 6226 (1996)

Kosters, J., Het internationaal burgerlijk recht in Nederland, Haarlem 1917 (Kosters)

Kosters, J., C. W. Dubbink, Algemeen deel van het Nederlandse Internationaal Privaatrecht, Haarlem 1962 (Kosters/Dubbink)

Kraan, C.A., Het nieuwe huwelijksvermogensrecht, 2e druk, Arnhem 1994 (Kraan)

Kraan, C.A., De gemeenschap van één onroerende zaak, WPNR 6167-6168 (1995)

Krebs, Peter, Die Eigentumsvermutung des § 1006 I S. 1 BGB beim Auszug aus einer gemeinschaftlichen Wohnung, FamRZ 1994, p. 281-285

Kreuzer, Karl, Erklärung eines generellen Vorbehalts zu Art. 7 Abs. 1 des Übereinkommens vom 19.6.1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht?, IPRax 1984, p. 293-295

Kropholler, Jan, Der Einfluß der Haager Übereinkommen auf die deutsche IPR-Kodifikation, RabelsZ 57 (1993), p. 207-222

Kropholler, Jan, Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Tübingen 1994 (Kropholler, IPR)

Kühne, Gunther, Das internationale Personen- und Eherecht im Regierungsentwurf des Gesetzes zur Neuordnung des IPR, StAZ 1984, p. 3-11

Kühne, Gunther, Die außerschuldvertragliche Parteiautonomie im neuen Internationalen Privatrecht, IPRax 1987, p. 69-74

Künzl, Reinhard, Heilung schwebend unwirksamer Gesamtvermögensgeschäfte eines Ehegatten?, FamRZ 1988, p. 452-460

Lemaire, W.L.G., Nederlands internationaal privaatrecht (Hoofdpijnen), Leiden 1968

Langenfeld, Gerrit, Möglichkeiten und Grenzen notarieller Vertragsgestaltung bei Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen, DNotZ 1985, Sonderheft, p. 167-182

Langenfeld, Gerrit, Ehevertragsgestaltung nach Ehetyphen - Zur Fallgruppenbildung in der Kautelarjurisprudenz -, FamRZ 1987, p. 9-14

Langenfeld, Gerrit, Zur Praxis des Ehevertrags, FamRZ 1994, p. 201-207

Langenfeld, Gerrit, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 3. Auflage, München 1996 (Langenfeld, Handbuch)

Lausanner Kolloquium über den deutschen und den schweizerischen Gesetzentwurf zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, Zürich 1984 (Lausanner Kolloquium)

Leipold, Dieter, Wirtschaftsgemeinschaft oder Güterindividualismus; Das Eigentum am Hausrat in Ehe und nichtehelicher Partnerschaft, FS für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993, p. 695-712

Lichtenberger, Peter, Zur Verfassungswidrigkeit der Bestimmung des Ehegüterstatuts nach dem Heimatrecht des Ehemannes, DNotZ 1983, p. 394-411

Lichtenberger, Peter, Zum Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, DNotZ 1986, p. 644-687

Lichtenberger, Peter, Verfassungsmäßigkeit des internationalen Ehegüterrechts, DNotZ 1987, p. 297-302

Lichtenberger, Peter, Zu einigen Problemen des Internationalen Familien- und Erbrechts, Festschrift für Murad Ferid, 1988, p. 269-287

Liessem, Georg, Guter Glaube beim Grundstückserwerb von einem durch seinen Güterstand verfügbungsbeschränkten Ehegatten ?, NJW 1989, p. 497-502

Loon, J.H.A van, De wisselwerking tussen internationaal privaatrecht en de rechten van de mens, in 'Grensoverschrijdend privaatrecht', opstellen aangeboden aan Mr. J. van Rijn van Alkemade, Deventer 1993, p. 135-148

Loussouarn, Yvon, La convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, Journal du droit international (Clunet) 1979, p. 5-20

Lubbers, A.G., Boekbespreking van Gr. van der Burght, Ongekende wetenschap, oratie VU 1979. RM Themis 1979, p. 587-589

Lubbers, A.G., Niet door rechtshandeling overbrugbare vermogensrechtelijke verschillen tussen huwelijk en concubinaat, in “Samenleven Samenwerken”, opstellen aangeboden aan Prof. Mr. E.C. Cohen Henriquez ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag, Deventer 1983, p. 223-232

Lubbers, A.G., Hoofdzaken van huwelijksvermogensrecht. Serie privaatrechtelijke begrippen nr. 12, Arnhem 1985 (Lubbers Hoofdzaken)

Lubbers, A.G., Rechtsvergelijkende notities omtrent eigendomsoverdracht van onroerend goed, in “Onroerend goed”, opstellen geschreven ter gelegenheid van het 125-jarig bestaan van de Broederschap der Notarissen in Nederland, red. Ph.A.N. Houwing, Deventer 1968, p. 165-205

Lücke, Gerhard, Grundsätzliche Veränderungen im Familienrecht durch das 1. EheRG, AcP 178 (1978), p. 1-33

Luijten, E.A.A., Vernieuwing van het nieuwe huwelijksvermogensrecht, De Ontwerp-Invoeringswet Boek I Nieuw B.W. Titel 7, WPNR 4912-4913 (1966)

Luijten, E.A.A., Overzicht der Nederlandse rechtspraak: huwelijksvermogensrecht, beslissingen gepubliceerd in 1979 t/m 1982, WPNR 5652-5653 (1983)

Luijten, E.A.A., Een vrouw van fatsoen kan wel een juweeltje kopen, in ‘NJ 1913-1988, annotatoren kijken terug’, p. 97-108

Luijten, E.A.A., Het echtscheidingsconvenant, Ontwikkeling, in het bijzonder in relatie tot huwelijksvoorwaarden, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1989 (Preadvies 1989)

Luijten, E.A.A., Derdenbescherming in het NBW en de betekenis van het handelsregister, in “Onderneming en nieuw burgerlijk recht”, Uitgave ter gelegenheid van het 12 1/2 jarig bestaan van het Centrum voor Postdoctoraal Onderwijs van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Katholieke Universiteit Nijmegen, Zwolle 1991

Luijten, E.A.A., De invoering van de boeken 3, 5 en 6 NBW en het huwelijksvermogensrecht, in “Quod licet”, Liber amicorum W.M. Kleijn, Deventer 1992, p. 213-227

Luijten, E.A.A., Het Nederlandse personen- en familierecht, deel II, Zwolle 1992 (Luijten, Personen- en familierecht II)

Luijten, E.A.A., Overzicht van de Nederlandse rechtspraak, Huwelijksvermogensrecht (I) (uitspraken gepubliceerd in 1988 en 1989), WPNR 6098 (1993)

Luijten, E.A.A., Overzicht van de Nederlandse rechtspraak, Huwelijksvermogensrecht deel I en deel II (uitspraken gepubliceerd in 1994), WPNR 6184-6185 (1995)

Lutter, Marcus, Zum Umfang des Sonderguts, AcP 161 (1962), P. 163-176

Maas de Bie, A.R. van, Pensioenverevening bij scheiding in het IPR, Echtscheiding-Bulletin april 1994, p. 8-9, mei 1994, p. 9-12

Maas de Bie, A.R. van, De onaanvaardbaarheidsexceptie nader bezien, Echtscheiding-Bulletin februari 1995, p. 9-12

Mäsch, Gerald, Der Renvoi - Plädoyer für die Begrenzung einer überflüssigen Rechtsfigur, RabelsZ 61 (1997), p. 285-312

Mager, Heinrich, Besonderheiten des dinglichen Anspruchs, AcP 193 (1993), p. 68-85

Mansel, Heinz-Peter, Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz, deutsche Doppelstaater und die Lehre von der effektiven Staatsangehörigkeit im Internationalen Privatrecht, NJW 1986, p. 625-632

Martiny, Dieter, Probleme der Doppelstaatsangehörigkeit im deutschen Internationalen Privatrecht, JZ 1993, p. 1145-1150

Massfeller, Franz, Christof Böhmer, Michael Coester, Das gesamte Familienrecht, Sammlung familienrechtlicher Vorschriften mit Erläuterungen und Hinweisen, Frankfurt am Main, losbladig (Massfeller/Böhmer/Coester)

Max-Planck-Institut, Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts, Stellungnahme zum IPR-Regierungsentwurf von 1983, RabelsZ 47 (1983), p. 595-728

Mayer, Pierre, Droit international privé, 5^e édition, Paris, 1994

Meijer, W.R., Vermogensbeheer van geestelijk gestoorde naar huidig en toekomstig recht, in "Goed & Trouw", Zwolle 1984, 493-504

Meijer, W.R., De onvermoede perspectieven van Rijnzicht, in "Onderneming en nieuw burgerlijk recht", Uitgave ter gelegenheid van het 12 1/2 jarig bestaan van het Centrum voor Postdoctoraal Onderwijs van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Katholieke Universiteit Nijmegen, Zwolle 1991, p. 7-15

Meijer, W.R., Boekbespreking van de oratie Leiden 1992 van A.L.M. Soons, Ontwikkelingen in het huwelijksvermogensrecht, RM Themis 1992, p. 374-377

Meijer, W.R., Een nieuw Amsterdams huwelijksvermogensrecht?, WPNR 6071-6072 (1992)

Melis, J.C.H., De Notariswet, bewerkt door A.H.M. Santen en B.C.M. Waaijer, Zwolle 1991 (Melis, Notariswet)

Mellema-Kranenburg, T.J., Handelingsonbevoegdheid, in "Oud en nieuw", BW-krant jaarboek 1988 p. 1-11

Mellema-Kranenburg, T.J., De actio pauliana naar BW en NBW, Studiepockets Privaatrecht nr. 45, Zwolle 1990 (Mellema-Kranenburg, Pauliana 1990)

Mellema-Kranenburg, T.J., De actio pauliana naar BW en NBW, Studiepockets Privaatrecht nr. 45, 2e druk, Zwolle 1996 (Mellema-Kranenburg, Pauliana)

Michalski, Lutz, Versuch einer Korrektur der Inkongruenz von § 933 und § 934 BGB, AcP 181 (1981), p. 384-422

Mijnssen, F.J.H., Causale en abstracte rechtshandelingen in het vermogensrecht, oratie VU 1979 (Mijnssen, oratie)

Mijnssen, F.H.J., Zakenrecht volgens het NBW, In het bijzonder goede trouw en derdenbescherming, NJB 1983, p. 1228-1233

Mikat, Paul, Verfassungsrechtliche Aspekte der Neuordnung der "Schlüsselgewalt" in § 1357 BGB, in Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Otto Sandrock, Berlin 1979, p. 293-309

Mikat, Paul, Zur Schlüsselgewalt in der Rechtsprechung nach der Neuordnung durch das 1. EheRG, FamRZ 1981, p. 1128-1134

Molenaar, F., Pandrecht, Monografieën Nieuw BW, B-Serie, no. 12a, tweede druk, Deventer 1991 (Molenaar, Mon. NBW, B-12a)

Morhard, Thilo, "Unbenannte Zuwendungen" zwischen Ehegatten - Rechtsfolgen und Grenzen der Vertragsgestaltung, NJW 1987, p. 1734-1740

Mostart, C.M.J., Het ambtsgeheim van den Notaris, preadvies voor de Broederschap der Candidaat-Notarissen, 1934 (Preadvies BCN 1934)

Mourik, M.J.A. van, De onderneming in het nieuwe huwelijksvermogensrecht, dissertatie Leiden, Zwolle 1970 (Van Mourik, diss.)

Mourik, M.J.A. van, Samen-Leven in het huwelijk, Ars Aequi Special 1977, p. 353-371

Mourik, M.J.A. van, A.K.P. Jongsma, Het Nederlands vermogensrecht bij echtscheiding, Zwolle 1978 (Van Mourik-Jongsma)

Mourik, M.J.A. van, ,In de uitoefening van een beroep of bedrijf (art. 88 lid 1 sub c Boek 1 BW), WPNR 5449 (1978)

Mourik, M.J.A. van, noot onder Ktr. Eindhoven, 9 november 1978, Prg. 1979, p. 239-242

Mourik, M.J.A. van, Aanpassing en herziening van Boek 1 BW ter gelegenheid van de invoering van de Boeken 3-6 van het nieuw BW, WPNR 5640-5641 (1983)

Mourik, M.J.A. van, Boekbespreking van de dissertatie van Nuytinck, WPNR 5896 (1988)

Mourik, M.J.A. van, Huwelijksvermogensrecht, studiepockets privaatrecht, 8e druk, Zwolle 1996

Mourik, M.J.A. van, Verschaffing van zekerheden door een bestuurder-aandeelhouder (art. 1:88 lid 4 BW), in "Onderneming en nieuw burgerlijk recht", Uitgave ter gelegenheid van het 12 1/2 jarig bestaan van het Centrum voor Postdoctoraal Onderwijs van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Katholieke Universiteit Nijmegen, Zwolle 1991, p. 1-6

Mourik, M.J.A. van, De ontwikkelingen in de praktijk der huwelijkse voorwaarden, een voortgezet landelijk onderzoek over de periode 1988-1990, WPNR 6069 (1992)

Mourik, M.J.A. van, Beantwoording rechtsvraag, Problematiek huwelijkse toestemming op grond van artikel 1:88 Burgerlijk Wetboek, WPNR 6071 (1992)

Mourik, M.J.A. van, Boekaankondiging van de oratie van Hidma, WPNR 6082 (1993)

Mourik, M.J.A. van, Beantwoording rechtsvraag, Gemeenschap van huis en "automatische" wijziging huwelijksvermogensregime, WPNR 6173 (1995)

Mourik, M.J.A. van, Beantwoording rechtsvraag, Aandeelhouderschap en huwelijksgemeenschap, WPNR 6175 (1995)

Mourik, M.J.A. van, Huwelijksvermogensrecht, Studiepockets Privaatrecht nr. 5, 8e druk, Zwolle 1996 (Van Mourik, Huwelijksvermogensrecht)

Mülke, Horst, Zur Verwaltungsbeschränkung des § 1365, Abs. I BGB, AcP 161 (1962), p. 129-162

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2./3. Auflage, München 1989/1993 (MünchKomm)

Neuhaus, Paul Heinrich, Um die Reform des deutschen internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts, FamRZ 1981, p. 741-743

Neuhaus, Paul Heinrich, Jan Kropholler, Entwurf eines Gesetzes über Internationales Privat- und Verfahrensrecht, (IPR-Gesetz), RabelsZ 44 (1980), p. 326-343

Nieskens-Isphording, B.W.M., De goede trouw in het Nieuw Burgerlijk Wetboek, WPNR 5698 (1984)

Nieskens-Isphording, B.W.M., A.E.M. Van der Putt-Lauwers, Derdenbescherming, Monografie Nieuw BW, A 22, 2e druk, Deventer 1993 (Nieskens-Isphording/Van der Putt-Lauwers, Derdenbescherming)

Nieskens-Isphording, B.W.M., Artikel 3:34 en de reeds vervulde voorwaarde. Kanttekening bij een opmerking uit de wetsgeschiedenis, WPNR 6062 (1992)

Nieskens-Isphording, B.W.M., Boekbespreking van O.K. Brahn, Levering, beschikkingsbevoegdheid. Serie Monografieën Nieuw BW, B 6b, tweede druk, 1992. WPNR 6065 (1992)

Nieskens-Isphording, B.W.M., Van Nieuw BW naar BW, III. De rechtshandeling, Advocatenblad 1992, p. 220-225

Nieuw Burgerlijk Wetboek: Tekst en Commentaar, onder redactie van J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk, 2e druk, Deventer 1994 (T&C)

Nuytinck, A.J.M., Bevoegdheid van echtgenoten in het huwelijksvermogensrecht, dissertatie Nijmegen 1987 (Nuytinck, diss.)

Nuytinck, A.J.M., De obligatoire handeling als huwelijksvermogensrechtelijke bestuursdaad, WPNR 6030 (1992)

Nuytinck, A.J.M., Gelijke behandeling van man en vrouw in het personen- en familierecht, oratie Nijmegen 1996, Deventer 1996 (Nuytinck, oratie Nijmegen)

d'Oliveira, H.U. Jessurun, De Nationaliteit van de gehuwde vrouw, NJB 1993, p. 563-565

Otterspoor-Kousemaker, M.G.W., Enige opmerkingen met betrekking tot de gezinsbeschermende artikelen in het huwelijksgoederenrecht, in “Waarvan akte”, opstellen aangeboden aan Prof. Mr. A.R. de Bruijn ter gelegenheid van zijn aftreden als hoogleraar in de wetenschap van het notariaat aan de Rijksuniversiteit te Utrecht, Deventer 1966, p. 93-100

Oven, A. van, met medewerking van M. v. Bruining-Volmer, Handelsrecht, Zwolle 1981. Serie Publiek- en privaatrecht no. 34 (Van Oven, Handelsrecht)

Oven, J.C. van, Hoe moet, aangenomen dat de getrouwde vrouw volledige handelingsbevoegdheid krijgt, het huwelijksgoederenrecht geregeld worden?, Preadvies NJV 1927 (Preadvies NJV 1927)

Oven, J.C. van, Man en vrouw gelijk in het huwelijksvermogensrecht ?, NJB 1956, p. 29-39

Oven, J.C. van, Artikel 177 B.W., WPNR 4482-4484 (1957)

Overbeck, Alfred E. von, Preliminary draft Convention adopted by the Special Commission and Report by Alfred E. von Overbeck, Document préliminaire N° 5 d'août 1975 à l'intention de la Treizième session (Von Overbeck, Rapport van de Speciale Commissie, 1975)

Overbeck, Alfred E. von, La Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, Schweizer Jahrbuch für internationales Recht 1977, p. 105-126

Overbeck, Alfred E. von, Rapport Explicatif bij het Haagse huwelijksvermogensverdrag 1978, opgenomen als bijlage bij de MvT bij de Goedkeuringswet van het Verdrag 1978, Kamerstuk II, 21 272 (R 1378), nr. 3 (Rapport Von Overbeck)

Overzicht van ratificaties en toetredingen Haagse Verdragen per 23 november 1993, WPNR 6145 (1994), p. 526-527

Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurzkommentare, Band 7, 54. Auflage, München 1995 (Palandt)

Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, door C.J. van Zeben in overleg met W.G. Belinfante en O.W. van Ewijk, Deventer 1969

- Boek 1, Personen- en familierecht (PG Boek 1, 1969)

- Invoeringswet Boek 1, Personen- en familierecht (PG Invoeringswet 1969 Boek 1)

Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, door C.J. van Zeven, J.W. Dupont, met medewerking van M.M. Olthof, Deventer 1981

- Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen (PG Boek 3)

Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, door W.H.M. Reehuis, E.E. Slob, Deventer 1990

- Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen (PG Inv. 3, 5 en 6, Boek 3)
- Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 3, Kadasterwet (PG Kadasterwet)

Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, door W.H.M. Reehuis, E.E. Slob, Deventer 1991

- Aanpassing Burgerlijk wetboek (PG Aanpassing BW)

Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Invoering van de Boeken 3, 5 en 6, door W.H.M. Reehuis, E.E. Slob, met medewerking van J.B. Rijpkema, Deventer 1992

- Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering, de Wet op de Rechterlijke organisatie en de Faillissementswet (PG Wijziging Rv e.a.w.)

Perrick, S., Gemeenschap, schuldeisers en verdeling, dissertatie Nijmegen, Zwolle 1986 (Perrick, diss.)

Perrick, S., Boekbespreking van de dissertatie van T.R. Hidma, Huwelijksvoorwaarden staande huwelijk, Nijmegen 1986, RM Themis 1992, p. 342-346

Personen- en familierecht, losbladig, Deventer

- Titel 5 Boek 1 BW IPR-deel nieuw bewerkt door A.P.M.J. Vonken (Vonken, losbl. titel 1.5)
- Titels 6 en 7 Boek 1 BW bewerkt door A.G. Lubbers en T.R. Hidma (Lubbers/Hidma)
- Titel 6 Boek 1 BW IPR-deel nieuw bewerkt door I.S. Joppe (Joppe, losbl. titel 1.6)
- Titel 7 Boek 1 BW IPR-deel nieuw bewerkt door I.S. Joppe (Joppe, losbl. titel 1.7)
- Titel 8 Boek 1 BW IPR-deel nieuw bewerkt door I.S. Joppe (Joppe, losbl. titel 1.8)

Peters, Mike, Zum Optionsrecht nach Art. 234 § 4 EGBGB, FamRZ 1993, p. 877-880

Philip, Allan, Hague Draft Convention on Matrimonial Property, The American Journal of Comparative Law, vol. 24, 1976, p. 307-315

Pickert, Eduard, Mittelbarer Besitz, Nebenbesitz und Eigentumsvermutung in ihrer Bedeutung für den Gutgläubenserwerb, AcP 188 (1988) p. 511-571

Pirrung, Jörg, Internationales Privat- und Verfahrensrecht nach dem Inkrafttreten der Neuregelung des IPR, Köln 1987 (Pirrung, IPR)

Pitlo, A., Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, deel 1: Het personen- en familierecht. 10e druk bewerkt door Gr. van der Burght en M. Rood-De Boer, Arnhem 1996 (Pitlo/Van der Burght/Rood-De Boer)

Pitlo, A., Het Nederlands Burgerlijk recht, deel 3, Goederenrecht, 10e druk bewerkt door W.H.M. Reehuis, A.H.T. Heisterkamp, G.E. van Maanen, G.T. de Jong, Arnhem 1994 (Pitlo/Reehuis-Heisterkamp, Goederenrecht)

Pleysier, A.J.H., Enige gedachten over het begrip 'algemene titel', De Notarisklerk 1988, p. 298-299

Pleysier, A.J.H., Vergelijking tussen transportakte en verdelingsakte, De Notarisklerk 1996, nr. 1342 e.v.

Ploeg, P.W. van der, Huwelijksvoorwaarden, WPNR 4501-4502 (1957)

Ploeg, P.W. van der, Rechtskeuze in het huwelijksvermogensrecht, in "Veto over de lex fori", Deventer 1977, p. 57-59

Ploeg, P.W. van der, Het Haags huwelijksgevolgenverdrag van 1905 en het Overgangsrecht, WPNR 5554 (1981)

Polak, J.M., Het nieuwe huwelijksgoederenrecht, Prae-advies voor de Broederschap der notarissen in Nederland, 1957 (Polak, Prae-advies BN 1957)

Polak, M.V., Titel 6 Boek 1 BW en het internationaal privaatrecht, WPNR 5980 (1988)

Polak, M.V., Dépeçage: een rechtsbegrip dat in het internationaal privaatrecht misstaat?, oratie Leiden, Deventer 1994 (M.V. Polak, oratie)

Polman, J.J.R., Boekbespreking van G.T. de Jong, Registers, risico en goede trouw, dissertatie Groningen 1988, WPNR 5955 (1990)

Prakken, A., Het nieuwe huwelijksgoederenrecht, Prae-advies voor de Broederschap der notarissen in Nederland, 1957 (Prakken, Prae-advies BN 1957)

Rammeloo, Stephan, Das neue EG-Vertragskollisionsrecht, dissertatie Groningen 1992, Köln, Berlin, Bonn, München 1992 (Rammeloo, diss.)

Rank-Berenschot, E.B., Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht, dissertatie Leiden 1992 (Rank-Berenschot, diss.)

Rank-Berenschot, E.B., Problemen van samenloop bij de bescherming van verkrijgers van registergoederen, in "Quod licet", Liber amicorum W.M. Kleijn, Deventer 1992, p. 325-340

Rausch, Hans, Internationales Privatrecht in der familiengerichtlichen Praxis, NJW 1994, p. 2120-2128

Rauscher, Thomas, Dingliche Mitberechtigung in der Zugewinnngemeinschaft, AcP 186 (1986), p. 529-575

Rauscher, Thomas, Art. 220 III EGBGB verfassungswidrig?, NJW 1987, p. 531-536

Rebe, Bernd, Zur Ausgleichsfunktion von § 935 BGB zwischen Vertrauensschutz und Eigentümerinteressen beim gutgläubigen Mobiliarerwerb, AcP 173 (1973), p. 186-202

Reinhart, Gert, Zur Parteiautonomie im künftigen deutschen internationalen Privatrecht auf den Gebieten des Familien- und des Erbrechts, ZVglRWiss 80 (1981), p. 150-171

Reinartz, Bertold, Vertragliche Gestaltung des Versorgungsausgleichs, NJW 1977, p. 81-85

Reinhartz, B.E., Werking van art. 1:102 BW, Advocatenblad 1992, p. 135-136

Reinhartz, B.E., Rechtspraakoverzicht, Rechten en verplichtingen van echtgenoten, wettelijk stelsel van gemeenschap van goederen, huwelijkse voorwaarden, TPR 1992, p. 416-429

Reinhartz, B.E., Inschrijfbaarheid van notariële akten houdende huwelijkse voorwaarden in het onroerendgoed-register van art. 3:17 BW, WPNR 6076 (1993)

Reinhartz, B.E., Rechterlijke goedkeuring ex art. 1:119 BW in het IPR-huwelijks-vermogensrecht exit?, WPNR 6162 (1994)

Reinhartz, B.E., Reactie naar aanleiding van de beantwoording van rechtsvraag nr. 5 'Gemeenschap van huis en "automatische" wijziging huwelijkvermogensregime', door prof. mr M.J. van Mourik, in WPNR (1995) 6173, WPNR 6187 (1995), p. 473

Reinhartz, B.E., Rechtskeuze staande huwelijk en het Haagse huwelijkvermogensverdrag 1978, in 'Het NIPR geannoteerd, Annotaties opgedragen aan Dr. Mathilde Sumampouw', Den Haag 1996, p. 79-84

Reinicke, Dietrich, Die Rechtsfolgen der Verweigerung einer nach den §§ 1365, 1369 BGB erforderlichen Genehmigung, NJW 1973, p. 305-307

Reithmann, Christoph, boekbespreking van Langenfeld, Gerrit, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 1e druk, 1984, DNotZ 1984, p. 459-460

Reithmann, Christoph, Dieter Martiny, Internationales Vertragsrecht, 4. Auflage, Köln 1987 (Reithmann/Martiny)

Revillard, Mariel, Premier bilan d'application de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, in 'E pluribus Unum', Liber amicorum Georges A.L. Droz onder redactie van A. Borrás e.a., Deventer 1996, p. 369-389

Rientjes, K.M., Staatscourant als landelijk verspreid dagblad, JBN 1992, nr. 128

Rijn van Alkemade, J. van, Artikel 2 Boek 6 Nieuw Burgerlijk Wetboek en het internationaal privaatrecht, in 'Liber amicorum NBW', opstellen aangeboden aan Mr Drs B.C. de Die, Arnhem, Deventer, Zwolle 1991, p. 105-110

Rijn van Alkemade, J. van, Het nieuwe internationale huwelijksvermogensrecht, FJR 1992, p. 150-155

Rijn van Alkemade, J. van, Wetsvoorstellen conflictenrecht corporaties en formeel buitenlandse vennootschappen, WPNR 6233 (1996)

Roelvink, H.L.J., Artikel 6:2 BW en het Nederlandse IPR, in 'Grensoverschrijdend privaatrecht', opstellen aangeboden aan Mr. J. van Rijn van Alkemade, Deventer 1993, p. 219-230

Roeyen, G.S.C.M. van, Rechtsverwerking in het Nederlandse (internationaal) privaatrecht? Een analyse van HR 19 maart 1993, RvdW 1993, 78, NTBR 1993, p. 129-133

Rombach, J., Hoe het huwelijksgoederenregister effectiever te maken?, WPNR 4946 (1961)

Rossum, A.A. van, Derdenbescherming bij overdracht van intellectuele en industriële eigendomsrechten, in "Onderneming en nieuw burgerlijk recht", Uitgave ter gelegenheid van het 12 1/2 jarig bestaan van het Centrum voor Postdoctoraal Onderwijs van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Katholieke Universiteit Nijmegen, Zwolle 1991, p. 141-146

Rossum, M.M. van, Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed, dissertatie Utrecht, 1991, serie Recht en Praktijk nr. 58, Deventer 1991 (M.M. van Rossum, diss.)

Roth, Herbert, Die Mitberechtigung der Ehegatten in Fällen des § 1357 BGB, FamRZ 1979 p. 361-370

Roth, Herbert, Grundbuchverfahren und ausländisches Güterrecht, IPRax 1991, p. 320-322

Rozemond, J., Echtgenoten en derden, WPNR 4480 (1957)

Sagel-Grande, H.I., Ius civile DDR exit (II slot), WPNR 5997 (1991)

Sandweg, Hans-Eberhard, Ehebedingte Zuwendungen und ihre Drittwirkung, NJW 1989, p. 1965-1974

Santen, A.H.M., Een bankstel en een hond of: legitimeert dubbelzinnig bezit?, WPNR 5920 (1989)

Santen, A.H.M., Wie bestuurt de schulden van de huwelijksgoederengemeenschap?, WPNR 5964 (1990)

Santen, A.H.M., Boekbespreking van T.R. Hidma, Op het kruispunt van notariële en rechterlijke functie, oratie Groningen 1992; RM Themis 1992, p. 493-495

Sauveplanne, J.G., Elementair internationaal privaatrecht, 9e druk, Deventer 1989 (Sauveplanne)

Schack, Haimo, Internationales Zivilverfahrensrecht, München 1991

Schets van een algemene wet betreffende het internationaal privaatrecht, geconsolideerd overzicht van de bestaande en voorgestelde wettelijke bepalingen), uitgegeven door de Stafafdeling Wetgeving Privaatrecht, Ministerie van Justitie, augustus 1992 (IPR-Schets)

Schilfgaarde, P. van, Artikel 88 boek 3 en geblokkeerde aandelen, WPNR 6060 (1992)

Schmellenkamp, Cornelia, Beteiligung niederländischer Personen und Gesellschaften an Rechtsgeschäften über Grundbesitz in Deutschland, DAI 1996, p. 50-77

Scholz, Rupert, Rainer Pitschas, Effektive Staatsangehörigkeit und Grundgesetz, NJW 1984, p. 2721-2730

Schoordijk, H.C.F., Klaassen-Eggens-Luijten en de methode van rechtsvinding, RM Themis 1966, p. 85-122

Schoordijk, H.C.F., Het nieuwste huwelijksvermogensrecht, Groningen 1970

Schoordijk, H.C.F., Inbreuk van de ene echtgenoot op de bestuursmacht van de andere door obligatoire rechtshandelingen, WPNR 5117-5118 (1971)

Schoordijk, H.C.F., Beantwoording rechtsvraag, WPNR 5612 (1982)

Schoordijk, H.C.F., Mede-eigendom/Gemeenschap/Rechtspersoonlijkheid, Zwolle 1983 (Schoordijk, Mede-eigendom)

Schoordijk, H.C.F., De bestuursbepalingen in het huwelijksvermogensrecht (volgens de invoeringswet Boeken 3-6, zesde gedeelte Nieuw BW), RM Themis 1983, p. 249-267

Schoordijk, H.C.F., Enige vragen naar aanleiding van een viertal bepalingen van derdenbescherming (art. 3.2.3a, 3.4.2.3b, 3.4.2.3a, 7.1.8.4), WPNR 5698 (1984)

Schoordijk, H.C.F., Misbruik van contractsbevoegdheid door een in algehele gemeenschap gehuwde echtgenoot onder het huwelijksgoederenrecht naar Nieuw BW, in "Een kapitein, twee schepen", bundel opstellen aangeboden aan Prof. mr. E.A.A. Luijten, Zwolle 1984, p. 119-124

Schoordijk, H.C.F., Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W. (titel 1 t/m 5, titel 11), Deventer 1986 (Schoordijk, Vermogensrecht, Boek 3)

Schotten, Günther, Die Wirkung ehebedingter Zuwendungen im Verhältnis zu Dritten, NJW 1991, p. 2687-2688

Schotten, Günther, Der Schutz des Rechtsverkehrs im internationalen Privatrecht, DNotZ 1994, p. 670-685

Schotten, Günther, Das internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, München 1995 (Schotten, Notarielle Praxis)

Schotten, Günther, Ralf Wittkowski, Das deutsch-iranische Niederlassungsabkommen im Familien- und Erbrecht, FamRZ 1995, p. 264-269

Schultsz, J.C., De 'algemene exceptieclausule' in de IPR-Schets, NIPR 1994 special, p. 30-35

Schurig, Klaus, Das Verhältnis von Staatsangehörigkeitsprinzip und Unwandelbarkeit im zukünftigen deutschen internationalen Ehegüterrecht, JZ 1985, p. 559-564

Schurig, Klaus, Internationales Ehegüterrecht im Übergang: Ist Art. 220 Abs. III EGBGB verfassungsrechtlich zu halten?, IPRax 1988, p. 88-94

Schwab, Dieter, Gestaltungsfreiheit und Formbindung im Ehevermögensrecht und die Eherechtsreform, DNotZ 1977, Sonderheft, p. 51-68

Schwab, Dieter, Betreuung und private Fürsorge, FS für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, p. 815-824

Schwab, Karl Heinz, Hanns Prütting, Sachenrecht, Ein Studienbuch, 24. neubearbeitete Auflage des von Friedrich Lent begründeten Werkes, Juristische Kurzlehrbücher, München 1993 (Schwab/Prütting)

Schwenzer, Ingeborg, Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht, AcP 196 (1996), p. 88-113

Scoles, Eugene F., Choice of Law in family property transactions, Recueil des Cours 1988 II, tome 209, p. 13-93

Siehr, Kurt, Die gemischt-nationale Ehe im internationalen Privatrecht, FS für Murad Ferid 1988, p. 433-446

Smid, Stefan, Vinkulierung des Hausrats an die Ehe gemäß § 1369 BGB im Güterstand der Eigentums- und Vermögensgemeinschaft?, FamRZ 1991, p. 512-515

Snijders, H.J., E.B. Rank-Berenschot, Goederenrecht, Studiereeks burgerlijk recht nr. 2, 2e druk, Deventer 1996 (Snijders/Rank-Berenschot)

Snijders, W., Causale rechtshandelingen in het Nieuw BW, in “Liber Amicorum NBW”, opstellen aangeboden aan Mr Drs B.C. de Die, p. 59-64, Arnhem, Deventer, Zwolle 1991

Soergel, Hs.Th., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar, Band 10, Einführungsgesetz, begründet von Hs. Th. Soergel, neu hrsg. von W. Siebert, 12. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, 1996 (Soergel)

Soons, A.L.M., Twee kapiteins op een schip, oratie Utrecht 1967, Deventer 1967 (Soons, oratie Utrecht)

Soons, A.L.M., Ontwikkelingen in het huwelijksvermogensrecht, oratie Leiden 1990, Deventer 1991 (Soons, oratie Leiden)

Soons, A.L.M., Man-vrouw firma en bestuursbevoegdheid, JBN 1993, nr. 7

Soons, A.L.M., Verknocht of gemeen?, JBN 1994, nr. 1

Soons, A.L.M., Schenking en huwelijksvermogensrecht, WPNR 6186 (1995)

Soons, A.L.M., Opnieuw een niet-nagekomen verrekenbeding, JBN 1997, nr. 57

Spickhoff, Andreas, Die engste Verbindung im interlokalen und internationalen Familienrecht, JZ 1993, p. 336-344

Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht, Rapport aan het plenum betreffende internationaal huwelijksvermogensrecht en erfrecht, eerste gedeelte: Huwelijksvermogensrecht en persoonlijke gevolgen van het huwelijk, maart 1988 (Rapport Staatscommissie)

Staudinger, J. von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12./13. neubearbeitete Auflage, Berlin (Staudinger)

Stille, A.L.G.A., Recente rechtspraak, HR 27 maart 19881, NJ 1981 335 mnt JCS, WPNR 5607 (1982)

Stoll, H., Bemerkungen zu den Vorschriften über den “Allgemeinen Teil” im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des IPR (Art. 3-9, 11-12), IPRax 1984, p. 1-5

Stoll, Veit, Die Rechtswahl im Namens-, Ehe- und Erbrecht, Münchner Universitätschriften, Reihe der juristischen Fakultät, Band 82, Dissertation 1990, München 1991 (Stoll, diss.)

Straaten, J.C. van, Kadaster, openbare registers en derdenbescherming, Serie Recht en Praktijk nr. 59, Deventer 1992 (Van Straaten, Kadaster)

Strikwerda, L., Huwelijksvoorwaarden staande huwelijk en internationaal privaatrecht: rechtskeuze of niet?, WPNR 5823 (1987)

Strikwerda, L., Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht, Groningen, 3e druk, 1992 (Strikwerda, Inleiding, derde druk)

Strikwerda, L., Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht, Groningen, 4e druk, 1995 (Strikwerda, Inleiding)

Strikwerda, L., De overeenkomst in het IPR, Praktijkreeks IPR, nr. 11, Deventer 1995 (Strikwerda, De IPR-overeenkomst)

Struck, Gerhard, Gläubigerschutz und Familienschutz, AcP 187 (1987) p. 404-428

Stuart, Arnold Jan, Veilingen, civielrechtelijke aantekeningen bij kunst- en antiekveilingen, doctoraalscriptie Leiden, 1994

Stubbé, J.P.M., Staatscourant toch niet een landelijk verspreid dagblad?, JBN 1993, nr. 46

Sudhof, Margaretha, Die Grundstückstransaktion als Gesamtvermögensverfügung: Zur dogmatischen Einordnung des § 1365 BGB im Teilungsversteigerungsverfahren, FamRZ 1994, p. 1152-1154

Suijling, J. Ph., Inleiding tot het burgerlijk recht, 7^e stuk, Huwelijksgoederenrecht, Haarlem, 1943 (Suijling, Huwelijksgoederenrecht)

Tiedtke, Klaus, Der Zeitpunkt, zu dem die subjektiven Voraussetzungen des § 1365 BGB vorliegen müssen, FamRZ 1975, p. 65-70

Tiedtke, Klaus, Die Zustimmungsbefähigung der Auflassungsvormerkung im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft, FamRZ 1976, p. 320-323

Tiedtke, Klaus, Grundstückserwerb von Ehegatten in Gütergemeinschaft, FamRZ 1979, p. 370-373

Tiedtke, Klaus, Güterrechtlicher Ausgleich bei Zuwendungen von Ehegatten untereinander und Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Scheidung der Ehe, JZ 1992, p. 334-338

Tomlow, M.H.J.M., Art. 1:88-1a BW en buitenlanders, WPNR 5889-5890 (1988)

Valk, W.L., Rechtsverwerking, dissertatie Leiden 1993 (Valk, diss.)

Valter, C., Afstand van huwelijksgoederengemeenschap en echtscheidingsconvenant, WPNR 5919 (1989)

Veen, W.J.M. van, Bescherming tegen bestuursaanmatiging in het huwelijksvermogensrecht, WPNR 5985 (1990)

Velten, A.A. van, Koop en levering van onroerend goed: internationale aspecten, in "De internationale aspecten van het notariaat", K. Frielink red., Arnhem 1989

Verbintenissenrecht, losbladig, Deventer

- deel 2, III.1: EVO (EEG-verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst) bewerkt door Struycken (Struycken, losbl.)

Verheul, J.P., De werkingsomvang van het Huwelijksgoederenverdrag 1905, met naschrift Th.M. de Boer en R. Kotting, WPNR 5616 (1982)

Verslag van de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap, gehouden te Groningen op 5 oktober 1990, bijlage bij WPNR 5994 (1991) (Verslag KNB 1990)

Verstappen, L.C.A., Het huwelijksvermogensrecht na 1 januari 1992, FJR 1991, p. 267-272

Verstappen, L.C.A., Bespreking van de oratie van A.L.M. Soons, Ontwikkelingen in het huwelijksvermogensrecht, oratie Leiden 1990, FJR 1992, p. 145

Verstappen, L.C.A., noot onder Hof Arnhem, 28 april 1992, rekestnr. 29/1992, FJR 1992, p. 188-190

Verstappen, L.C.A., Rechtsopvolging onder algemene titel, dissertatie Nijmegen 1996, Deventer 1996 (Verstappen, diss.)

Versteeg, Jan, Het recht van medeëigendom, dissertatie Leiden, Den Haag 1912 (Versteeg, diss.)

Vink, Frans, Gedaanteverwisseling, Intermediair 1992, nr. 48, p. 17

Vos-Witewaall, G.E., De positie van derden na handelen met de gefailleerde, in "Verzekeringen van vriendschap", rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan Prof. mr. T.J. Dorhout Mees, Deventer 1974, p. 349-364

Vranken, J.B.M., Recente rechtspraak, Rechtspraak van de Week mei-juni 1991, Huwelijksgoederenrecht, WPNR 6011 (1991)

Vranken, J.B.M., Recente rechtspraak, Rechtspraak van de Week, november en december 1991, Huwelijksvermogensrecht, WPNR 6034 (1992)

Waaier, J.M.A., Beantwoording rechtsvraag, Het huwelijksvermogensrecht breidt slechts de aansprakelijkheid uit, doch niet het aantal schuldenaren, WPNR 5626 (1982)

Wacke, Andreas, Änderungen der allgemeinen Ehewirkungen durch das 1. EheRG, FamRZ 1977, p. 505-528

Wacke, Andreas, Einzelprobleme der neugeregelten "Schlüsselgewalt", FamRZ 1980 p. 13-17

Walter, Gerhard, Eigentumserwerb in der Ehe, Öffentliche Antrittsvorlesung 4.2.1981, Universität Koblenz (Walter, oratie Koblenz)

Weber, Rolf, Parteiautonomie im internationalen Sachenrecht, RabelsZ 44 (1980), p. 510-529

Wegmann, Bernd, Rechtswahlmöglichkeiten in internationalen Familienrecht, NJW 1987, p. 1740-1745

Weijermans, T.A.M., De gehuwde meewerkende vrouw en de bestuursregeling van art. 1:97 BW, WPNR 5916 (1989)

Wengler, Wilhelm, Zur Technik der internationalprivatrechtlichen Rechtsanwendungsanweisungen des IPR-»Reform«gesetzes von 1986, RabelsZ 53 (1989), p. 409-437

Werkgroep IPR van de Nederlandse Vereniging van Rechtspraak, Rapport over het Internationaal Huwelijksvermogensrecht, Trema 1995, p. 138-165 (Werkgroep IPR)

Wessels, B., Overgangsrecht bij wijziging in de wetgeving buiten de Boeken 3, 5, 6 en 7 BW, WPNR 6070 (1992)

Westermann, Harry, Sachenrecht, 6. völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage.

- Band I: Grundlagen und Recht der beweglichen Sachen, von Harm Peter Westermann, Karl-Heinz Gursky und Winfried Pinger, Heidelberg 1990 (Westermann, Sachenrecht I)

- Band II: Immobiliarsachenrecht, von Dieter Eickmann und Winfried Pinger, Heidelberg 1988 (Westermann, Sachenrecht II)

Wiarda, J., Antwoord op rechtsvraag 24, Ars Aequi 1955/1956, p. 138-143

Wiarda, J., Gepubliceerde feiten en goede trouw, Kentert 's Hogen Raads rechtspraak omtrent de vraag of een derde zich met vrucht erop kan beroepen onkundig te zijn van een overeenkomstig de wet of anderszins gepubliceerd feit (openbaarmaking, bekendmaking in de Nederlandse Staatscourant, een of meer nieuwsbladen, openbare registers of anderszins)?, WPNR 4567-4568 (1959)

Wiarda, J., Het Huwelijksgoederenregister, het *allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* van 1794, en de Ontwerp-Invoeringswet Boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek, WPNR 4930 (1966)

Wiersma, H.W., Derdenbescherming op maat, WPNR 6068 (1992)

Wiersma, K., De algehele gemeenschap, een achterhaalde constructie, in “Van Opstall-bundel”, opstellen aangeboden aan Prof. mr. S.N. van Opstall, Deventer 1972, p. 199-206

Wigleven, M., IPR: toepasselijk recht op huwelijksgoederenregime: redelijkheid en billijkheid, HR 19 maart 1993, RvdW 1993 78, Advocatenblad 1993, p. 417

Wilhelm, Jan, Sachenrecht, Berlin, New York 1993 (Wilhelm, Sachenrecht)

Wochner, Manfred, Zum Güterrechtsstatut bei deutsch-amerikanischen Ehen, IPRax 1985, p. 90-92

Wolde, M.H. ten, Het laatste stukje van de puzzel, Advocatenblad 1989, p. 531-535

Wolde, M.H. ten, Het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978, Is bekrachtiging door de Nederlandse Antillen en Aruba wenselijk?, Tijdschrift voor Antilliaans Recht/Justicia 1991, p. 1-9

Wolde, M.H. ten, Internationaal huwelijksvermogensrecht, EchtscheidingBulletin 1993, nr. 4, p. 14-16; nr. 5, p. 10-13; nr. 6, p. 5-7

Wolde, M.H. ten, Hoofdlijnen van het Nederlandse internationaal huwelijksvermogensrecht, Ars Notariatus LXII, Deventer 1993 (Ten Wolde, Hoofdlijnen)

Wolde, M.H. ten, De vraag naar het toepasselijke recht op het huwelijksvermogensregime en HR 19.3.1993 RvdW 1993 78 (Rhodesische Nederlanders), WPNR 6124 (1994)

Wolfsteiner, Hans, Bewilligungsprinzip, Beweislast und Beweisführung im Grundbuchverfahren, DNotZ 1987, p. 67-87

Wöbelauer, Herbert, Zum Begriff der Verfügung über das Vermögen im ganzen (§ 1365 BGB), NJW 1960, p. 793-798

Zöllner, W., Vertragsfreiheit und Bindung an den Typus im ehelichen Güterrecht, FamRZ 1965, p. 113-121

Zwitser, R., De betekenis van ‘Anwartschaftsrecht’ voor de rangorde van zakelijke rechten, WPNR 6099 (1993), p. 524-530

Jurisprudentieregister

Hoge Raad

HR 25 november 1881, W 4714	87, 270, 287
HR 18 februari 1916, NJ 1916, p. 513 (Bremers-Muylkens)	94, 269
HR 4 april 1929, NJ 1929 727 mnt. PS, W 11972 mnt. SB	189
HR 17 mei 1929, NJ 1929, p. 1279 (Clemens/Klein)	371, 373
HR 1 maart 1935, NJ 1935, p. 833 mnt. PS	82, 88
HR 24 juni 1938, NJ 1939 337 mnt. PS	291
HR 18 april 1947, NJ 1948 447	85
HR 29 april 1949, NJ 1949 676, mnt. DJV	94, 269, 272
HR 5 mei 1950, NJ 1951 1 (Damhof/Staat)	292
HR 18 juni 1952, NJ 1953 530 mnt. PhANH	79
HR 26 november 1954, NJ 1955 681	17
HR 28 februari 1957, NJ 1958 279 mnt. LEHR	87
HR 22 juni 1962, NJ 1963 53 mnt. JHB (Brokking/Speelman)	226
HR 29 maart 1963, NJ 1963 331 mnt. JHB (Bijsterbosch)	226
HR 18 februari 1966, NJ 1967 109 mnt. JHB (Goubitz/Klinger)	161
HR 17 november 1967, NJ 1968 42 mnt. GJS (Pos/Van den Bosch)	53, 160
HR 6 december 1968, NJ 1969 111	80
HR (derde kamer), 17 maart 1971, NJ 1972 136 mnt. EAAL	107
HR 2 april 1976, NJ 1976 450 mnt. W(M)K (Modehuis Nolly I)	15, 58, 101, 412, 441, 448
HR 10 december 1976, NJ 1977 275 mnt. JCS (Chelouche/Van Leer)	335, 359, 580
HR 2 juni 1978, NJ 1979 126 mnt. EAAL (Roselaar/Buisman)	226
HR 15 december 1978, NJ 1979 427 mnt. EAAL (Maastrichtse woning II)	213
HR 25 mei 1979, NJ 1979 549 (Pakistaanse affidavit)	363
HR 22 december 1979, NJ 1980 3 mnt. WMK	208
HR 7 maart 1980, NJ 1980 395 mnt. EAAL	204, 219, 220
HR 31 oktober 1980, NJ 1981 310 mnt. EAAL	291
HR 21 november 1980, NJ 1981 193 mnt. EAAL	153
HR 29 maart 1981, NJ 1981 335 mnt. JCS (Haagse Italianen)	358, 376
HR 27 november 1981, NJ 1982 503 mnt. EAAL en WHH	372
HR 8 oktober 1982, NJ 1984 2	37
HR 3 december 1982, NJ 1983 400 (Nationale Nederlanden/Timmermans)	189
HR 25 februari 1983, NJ 1983 696 mnt. EAAL	221
HR 12 april 1985, NJ 1985 662 mnt. EAAL	268
HR 17 mei 1985, NJ 1986 760 mnt. CJHB en WMK (Curaçao/Boyé)	53, 160
HR 24 mei 1985, NJ 1986 699 mnt. WMK (Nolan/Van Aalst)	41, 89, 90, 91
HR 2 mei 1986, NJ 1987 353 mnt. EAAL	138
HR 12 juni 1987, NJ 1988 39 mnt. G en EAAL (Holland/Beek)	189, 291

HR 29 april 1988, NJ 1989 155 mnt. EAAL	291, 432
HR 9 september 1988, NJ 1989 239	305
HR 23 december 1988, NJ 1989 700 mnt. EAAL	152
HR 13 januari 1989, NJ 1990 268 mnt. JCS (Jyske Bank)	491, 518, 520, 535
HR 20 januari 1989, NJ 1989 766 (Groningse notaris)	324
HR 7 april 1989, NJ 1990 347 (Sabah-arrest)	360
HR 28 april 1989, NJ 1990 252 mnt. WMK	35
HR 16 maart 1990, NJ 1991 575 mnt. JCS (Museum Bredius)	545
HR 28 september 1990, NJ 1991 473 mnt. EAAL onder nr. 474	410
HR 24 mei 1991, NJ 1992 246 mnt. PvS	214
HR 31 mei 1991, NJ 1991 777 mt. EAAL (Fiets-O-Fit/Knook qq.)	224, 226, 227, 242
HR 18 oktober 1991, NJ 1992 421 mnt. EAAL (Intour Reizen/K.)	275, 276
HR 1 november 1991, NJ 1992 623 mnt. EAAL	214, 410
HR 6 december 1991, NJ 1992 669 mnt. JCS (Sinterklaasarrest)	359, 381
HR 15 mei 1992, NJ 1993 486 mnt. EAAL	138, 165, 280
HR 19 maart 1993, NJ 1994, 92 mnt. EAAL	160, 203, 216, 217
HR 19 maart 1993, NJ 1993 187 mnt. JCS (Rhodesië-arrest)	358, 360, 368
HR 25 juni 1993, NJ 1994 31 mnt. WMK	152, 277
HR 19 november 1993, NJ 1994 259 mnt. WMK	203, 217, 231
HR 11 maart 1994, NJ 1995 3 (Kilbarr/notaris THB) mnt. HJS	283
HR 16 september 1994, NJ 1995 169 mnt. ThMdB (Hong Kong-arrest)	359
HR 23 september 1994, RvdW 1994 182	15
HR 4 november 1994, NJ 1996 485 mnt. WMK	468
HR 7 april 1995, NJ 1996 486 mnt. WMK	523
HR 27 oktober 1995, RvdW 1995 218C	468
HR 10 november 1995, NJ 1996 270 mnt. PAS	53
HR 22 maart 1996, NJ 1996 640 mnt. WMK	152
HR 31 mei 1996, NJ 1996 680 mnt. WMK	523
HR 1 november 1996, NJ 1997 133	204
HR 21 februari 1997, RvdW 1997 51C	281, 290
HR 28 maart 1997, RvdW 1997 83	523

Gerechtshof

Hof Amsterdam 14 september 1960, NJ 1961 130	295
Hof Arnhem 27 november 1961, NJ 1963 213	207
Hof Arnhem 2 januari 1962, NJ 1962 520	203
Hof Amsterdam 10 juli 1975, NJ 1975 459 (Chelouche/Van Leer)	358
Hof Den Bosch 15 december 1977, NJ 1978 251	215
Hof Den Bosch 6 april 1978, NJ 1980 63	281
Hof Den Bosch 12 december 1978, NJ 1979 330	215
Hof Den Haag 22 december 1983, NJ 1985 860	292, 324
Hof Arnhem 21 april 1987, NIPR 1987 nr. 423	518
Hof Leeuwarden 23 november 1988, NJ 1990 269	518
Hof Amsterdam 2 maart 1989, NJ 1990 270	215

Hof Amsterdam 15 juni 1989, NJ 1990 371	226
Hof Amsterdam 8 april 1993, NĪPR 1993, nr. 405 (Hong-Kong)	368

Rechtbank

Pres. Rb. Breda 11 oktober 1957, NJ 1957 666	220
Rb. Amsterdam 24 maart 1958, NJ 1958 248	281
Rb. Breda 18 juni 1958, NJ 1958 427	207
Rb. Arnhem 22 juni 1961, NJ 1962 111	203
Rb. Breda 28 november 1967, NJ 1968 381	156
Rb. Breda 11 september 1984, NJ 1987 90	225
Rb. Den Haag 29 april 1987, NĪPR 1987, 353	367
Rb. Den Haag, 22 juli 1988, NĪPR 1988, 500	367, 368
Rb. Alkmaar 10 augustus 1989, NJ 1990 348 mnt. JCS	368
Rb. Arnhem 29 december 1989, NĪPR 1990, 222	367
Rb. Assen, 20 februari 1990, NĪPR 1990, 227	367
Rb. Utrecht 18 september 1996, NJ Kort 1996 70	224

Kantongerecht

KG Groningen, 16 december 1965, NJ 1966 472	156, 159
KG Rotterdam 8 augustus 1974, Prg. 1974, p. 44, nr. 872 mnt. WMK	194
KG Eindhoven, 9 november 1978, Prg. 1979, p. 239 mnt. Van Mourik	191

Duitsland

Bundesverfassungsgericht

BVerfG 4 mei 1971, RabelsZ 36 (1972), p. 145 (Spanierentscheidung)	376, 391
BVerfG 22 februari 1983, IPRax 1983, 562; FamRZ 1983, p. 562;	
NJW 1983, p. 1968	376, 579
BVerfG 3 oktober 1989, MDR 1990, p. 124; NJW 1990, p. 175	200
BVerfG 3 oktober 1990, FuR 1990, p. 101	196
BVerfG 19 oktober 1993, NJW 1994, p. 36	168

Bundesgerichtshof

BGH 21 maart 1951, BGHZ 1, p. 313	177
BGH 20 december 1951, BGHZ 4, p. 279	201
BGH 21 mei 1953, BGHZ 10, p. 69	61
BGH 14 juli 1953, BGHZ 10, p. 266	239
BGH 13 januari 1956, BGHZ 19, p. 359	243
BGH 21 oktober 1958, FamRZ 1959, p. 13; NJW 1959, p. 142	300
BGH 19 december 1958, BGHZ 29, p. 129	177
BGH 13 juli 1959, BGHZ 30, p. 255	244
BGH 16 maart 1961, BGHZ 34, p. 367	73
BGH 26 april 1961, JZ 1962, p. 24	309
BGH 28 april 1961, NJW 1961, p. 1301; BGHZ 35, p. 135	234, 236, 237, 238, 244
BGH 13 november 1963, BGHZ 40, p. 218	242

BGH 29 januari 1964, BGHZ 41, p. 103	309
BGH 28 februari 1964, BGHZ 41, p. 370	118, 246
BGH 26 februari 1965, BGHZ 43, p. 174; FamRZ 1965, p. 258	237, 238
BGH 5 juli 1967, NJW 1967, p. 2008	64
BGH 27 maart 1968, BGHZ 50, p. 45	63
BGH 5 april 1968, BGHZ 50, p. 63	392
BGH 18 november 1968, NJW 1969, p. 40	74
BGH 4 juli 1969, BGHZ 52, p. 240	398, 415
BGH 20 oktober 1971, NJW 1972, p. 48; BGHZ 57, p. 123	311, 315, 316
BGH 22 april 1975, NJW 1975, p. 1271; BGHZ 64, p. 246	237, 244
BGH 15 oktober 1975, MDR 1976, p. 221	309
BGH 26 november 1975, NJW 1976 p. 238; FamRZ 1976, p. 81	66, 299, 301
BGH 14 april 1976, BGHZ 66, p. 203; NJW 1976, p. 1258; FamRZ 1976, p. 443; MDR 1976, p. 826	118, 133, 166, 167, 170, 246, 256
BGH 15 november 1976, NJW 1977, p. 1011; JZ 1977, p. 438	529
BGH 17 mei 1977, NJW 1977, p. 1637	75
BGH 31 maart 1978, BGHZ 71, p. 61	309
BGH 7 april 1978, BGHZ 71, p. 216	68, 298
BGH 31 januari 1979, BGHZ 73, p. 253	68, 298
BGH 25 juni 1980, NJW 1980 2350; BGHZ 77, p. 293; FamRZ 1980, p. 765	234, 236
BGH 2 oktober 1981, BGHZ 81, p. 395	130
BGH 10 december 1981, BGHZ 82, p. 346	107, 108
BGH 4 februari 1982, BGHZ 83, p. 76; NJW 1982, p. 1810	114, 115
BGH 12 juli 1982, NJW 1983, p. 449	73
BGH 23 juni 1983, NJW 1984, p. 609	237
BGH 11 november 1983, BGHZ 89, p. 46	74
BGH 25 januari 1984, NJW 1984, p. 1456	64
BGH 29 mei 1984, BGHZ 91, p. 288	120
BGH 13 februari 1985, JZ 1985, p. 680; MDR 1985, p. 559; BGHZ 94, p. 1	196, 200
BGH 5 juni 1985, NJW 1985, p. 3066	313
BGH 29 april 1986, BGHZ 98, p. 6	309
BGH 10 juli 1986, FamRZ 1986, p. 41	112, 302
BGH 17 september 1986, NJW 1987, p. 583; IPRax 1987, p. 115; DNotZ 1987, p. 292-302	375, 376, 501
BGH 11 februari 1987, FamRZ 1987, p. 572	119
BGH 8 april 1987, FamRZ 1987, p. 681	379
BGH 3 juni 1987, FamRZ 1988, p. 40	376
BGH 19 oktober 1987, BGHZ 102, p. 74	74
BGH 13 april 1988, NJW-RR 1988, p. 1156; FamRZ 1988, p. 813	313
BGH 16 september 1988, NJW-RR 1989, p. 199	69
BGH 12 januari 1989, JZ 1989, p. 451; BGHZ 106, p. 253; FamRZ 1989, p. 475	241
BGH 18 oktober 1989, NJW 1990, p. 636; FamRZ 1990, p. 256	312, 377

BGH 16 mei 1990, NJW-RR 1990, p. 1154	241
BGH 25 januari 1991, NJW 1991, p. 2214	382
BGH 13 maart 1991, JZ 1992, p. 217; BGHZ 114, p. 74; NJW 1991, p. 2883	199
BGH 13 maart 1991, NJW 1991, p. 1739	236
BGH 10 juli 1991, NJW 1991, p. 2553	311
BGH 19 september 1991, NJW-RR 1992, p. 612	309
BGH 27 november 1991, FamRZ 1992, p. 291; NJW 1992, p. 909;	
BGHZ 116, p. 184	196, 200
BGH 27 november 1991, MDR 1992, p. 263	107
BGH 27 november 1991, BGHZ 116, p. 178; NJW 1992, p. 558;	
FamRZ 1992, p. 304	106, 311
BGH 9 januari 1992, FamRZ 1992, p. 409; NJW 1992, p. 1162	299
BGH 3 februari 1993, IPRax 1994, p. 131	381, 382
BGH 25 juni 1993, NJW 1993, p. 2441; FamRZ 1993, p. 1302;	
BGHZ 123, p. 93	236, 237, 238
BGH 7 december 1993, FamRZ 1994, p. 295	112
BGH 9 december 1993, NJ 1994, p. 726	310
BGH 30 maart 1994, BGHZ 125, p. 355; DNotZ 1995, p. 148;	
FamRZ 1994, p. 819	246, 247
BGH 10 mei 1994, NJW 1994, p. 2093	62
BGH 2 november 1995, NJW 1996, p. 513; FamRZ 1996, p. 277	237
BGH 21 maart 1996, NJW 1996, p. 1740; FamRZ 1996, p. 792	234, 236
BGH 3 juni 1996, MDR 1996, p. 1107	61
BGH 25 september 1996, NJW 1997, p. 459	398
BGH 2 oktober 1996, FamRZ 1997, p. 156; MDR 1997, p. 264	168

Oberlandesgericht

BayObLG 2 februari 1960, NJW 1960, p. 1205	249, 251
OLG Celle 25 augustus 1961, FamRZ 1961, p. 446	169
BayObLG 26 januari 1968, NJW 1968, p. 896	112
OLG Celle, 23 juni 1970, NJW 1970, p. 1883	242, 243, 244
OLG München 25 augustus 1971, NJW 1972, p. 542	22
BayObLG 5 april 1972, NJW 1972, p. 1470	235, 246
OLG München, 11 april 1975, MDR 1976, p. 316	311
BayObLG 3 april 1979, FamRZ 1979, p. 586	380
OLG Hamm 18 mei 1979, FamRZ 1979, p. 811	316
BayObLG 3 maart 1980, FamRZ 1980, p. 571	249, 252
BayObLG 8 juli 1980, FamRZ 1980, p. 1001	252
OLG Stuttgart 23 november 1982, DNotZ 1983, p. 693	168
OLG Stuttgart 27 februari 1983, FamRZ 1984, p. 699	236
BayObLG 16 januari 1986, IPRax 1986, p. 380	376
OLG Hamm, 11 juli 1987, FamRZ 1990, p. 55	380
BayObLG 10 mei 1989, NJW-RR 1989, p. 909	70
BayObLG 26 juli 1989, FamRZ 1990, p. 411; NJW-RR 1990, p. 5	111, 248
OLG Karlsruhe 7 maart 1990, NJW-RR 1991, p. 452	168

OLG Koblenz 18 maart 1991, NJW 1991, p. 3224; FamRZ 1991, p. 1302	251, 252
OLG Koblenz, 13 september 1991, NJW-RR 1992, p. 706	197, 199
OLG Düsseldorf 31 januari 1992, FamRZ 1992, p. 1445	251
OLG Koblenz 27 mei 1993, MDR 1994, p. 281	68
OLG Koblenz 16 november 1993, MDR 1994, p. 589	22
OLG Köln 25 mei 1994, NJW-RR 1995, p. 390; FamRZ 1994, p. 1256	118
OLG Düsseldorf 12 juli 1994, FamRZ 1995, p. 309	234
OLG München 13 juli 1994, FamRZ 1996, p. 290	312
OLG Düsseldorf 25 november 1994, IPRax 1996, p. 199	416
OLG Schleswig 10 april 1995, FamRZ 1995, p. 1586; MDR 1995, p. 718;	
NJW-RR 1995, p. 134	23, 24, 167
OLG Rostock 11 mei 1995, NJW 1995, p. 3127	237
OLG Köln 12 juli 1995, NJW-RR 1996, p. 904	199
OLG Koblenz 5 februari 1996, NJW-RR 1996, p. 901	168

Landgericht

LG Aachen 18 april 1980, FamRZ 1980, p. 566	196
LG Aachen 6 juni 1980, FamRZ 1980, p. 996	196
LG Aachen 11 december 1987, NJW-RR 1987, p. 712	301
LG Aurich 23 februari 1990, IPRax 1991, p. 341	421, 423
LG Bochum 11 december 1990, FamRZ 1991, p. 942	241, 244
LG Hamburg 27 juni 1991, NJW-RR 1991, p. 146	68, 298
LG Frankfurt/M. 25 oktober 1991, FamRZ 1992, p. 1080	236
LG Mannheim 25 maart 1992, NJW-RR 1993, p. 147	298
LG Mainz 14 december 1992, NJW-RR 1994, p. 73	390
LG Köln 26 oktober 1993, FamRZ 1995, p. 1144	241

Amtsgericht

AmtsG Eschwege 11 september 1979, FamRZ 1980, p. 137	196
AmtsG Sulingen, 6 september 1991, FamRZ 1992, p. 554	196
AmtsG Lörrach 8 juli 1994, FamRZ 1994, p. 1456	168

Kammergericht

KG 5 april 1984, NJW 1985, p. 682	196
-----------------------------------	-----

Reichsgericht

RG 21 september 1910, RGZ 74, p. 120	74
RG 24 januari 1914, RGZ 84, p. 327	107
RG 22 november 1915, RGZ 87, p. 301	107, 311
RG 10 juni 1920, RGZ 99, p. 152	300
RG 17 januari 1930, RGZ 127, p. 110	239
RG 21 mei 1930, RGZ 129, p. 120	199

Frankrijk

Cour d'appel

Cour d'appel de Colmar, 19 januari 1993, Revue critique 1993, p. 281 mnt.
Lagarde

Zwitserland

Bundesgerichtshof

BG 14 december 1984, IPRax 1987, p. 34

530, 534

Trefwoordenregister

Aanbod

zie ook: *Aanbieding* en *Aanvaarding* en *Wilsovereenstemming*

doen aanbod 203

vernietigbaarheid 203

Aansprakelijkheid

voor dieren 37

Aanvullend recht

zie: *Recht aanvullend*

Abhandenkommen

67

bij echtgenoten 68, 127, 249

Abstract stelsel

zie: *Stelsel, abstract*

Abtretung

zie ook: *Cessie*

des Herausgabeanspruchs 61, 64

Actio

pauliana

zie: *Pauliana*

Afstand van de huwelijksgemeenschap

zie: *Gemeenschap van goederen (wettelijke), afstand van de gemeenschap*

Afwikkeling oud stelsel

370, 395, 433, 459, 586

bewijs: 353, 446, 457, 458

volgens welk stelsel 467, 563

vorm 468

Akte

akte van afstand van de gemeenschap

zie ook: *Gemeenschap van goederen (wettelijke), afstand van de gemeenschap*

authentieke 149, 410

cessieakte 75

notariële 260, 362, 409, 483

zie ook: *Vreemdrecht-verklaring*

en openbaar register 93, 148

partijverklaring 149, 365

Anwartschaftsrecht

250

Anti-kies-regel

382

Auflassung

zie: *Registergoed, levering*

Auftrag	
<i>zie: Lastgeving</i>	
Automatische verandering van regime	
351, 356, 446, 451 e.v., 481 e.v., 557, 558, 581, 585	
<i>zie ook: Wagonstelsel; Rechtskeuze, behoudverklaring; Rechtskeuze, na automatische verandering</i>	
Behoudverklaring	
<i>zie: Rechtskeuze, behoudverklaring</i>	
Bekrachtiging	285
door echtgenoot	
<i>zie: Handelingsonbekwaamheid, bekrachtiging</i>	
<i>zie ook: Bestuur, toetreding tot bestuurshandeling</i>	
van overdracht	50
Belangenverstrengeling	
<i>zie Handelingsonbevoegdheid</i>	
Belehrungspflicht	
<i>zie: Notaris, Belehrungspflicht</i>	
Benadeling	
van schuldeisers	346
<i>zie ook: Pauliana</i>	
Beperkt recht	
derdenbescherming	54
Beroep	
<i>zie: Echtgenoten; rechten en verplichtingen, bestuur van de gemeenschap, bestuurswisseling o.g.v. beroeps- of bedrijfsuitoefening</i>	
Beroepsfouten	
<i>zie: Notaris, beroepsfouten</i>	
Beschikkings(on)bevoegdheid	
<i>zie ook: Derdenbescherming en Echtgenoten; rechten en verplichtingen, bestuur algemeen en van de gemeenschap</i>	
pandrecht en beschikkingsbevoegdheid	
<i>zie: Pandrecht, beschikkingsbevoegdheid en pandrecht</i>	
Besitz	
<i>zie ook: Bezit</i>	
Abhandenkommen	
<i>zie: Abhandenkommen</i>	
Besitz(er)	60, 128
Besitzdiener	61, 67
Fremdbesitz(er)	61
Besitzmittler	67
Mitbesitz(er)	128, 175, 249, 298, 480, 561
Beslag	549
Bestuur bij huwelijksgemeenschap	
bestuur van de huwelijksgemeenschap (oud)	12
bestuur van de huwelijksgemeenschap	
<i>zie: Echtgenoten; rechten en verplichtingen, bestuur van de gemeenschap</i>	

bestuur (overlaten van)	
zie: <i>Echtgenoten; rechten en verplichtingen, overlaten van bestuur</i>	
bestuurshandeling	
zie: <i>Echtgenoten; rechten en verplichtingen, bestuur van de gemeenschap, bestuurshandeling</i>	
bestuursopdracht	
zie: <i>Echtgenoten; rechten en verplichtingen, bestuursopdracht</i>	
bestuursoverdracht	
zie: <i>Echtgenoten; rechten en verplichtingen, bestuur van de gemeenschap, bestuursoverdracht</i>	
bestuursovereenkomst	
zie: <i>Echtgenoten; rechten en verplichtingen, bestuur van de gemeenschap, bestuursovereenkomst</i>	
Bestuursbevoegdheid	
zie: <i>Echtgenoten; rechten en verplichtingen, bestuursopdracht</i>	
Bestuurshandeling	
zie: <i>Echtgenoten; rechten en verplichtingen, bestuursopdracht</i>	
Bestuursopdracht	
zie: <i>Echtgenoten; rechten en verplichtingen, bestuursopdracht</i>	
Betaling	
door andere echtgenoot	19
door middel van creditcard	
zie: <i>Creditcard</i>	
onverschuldigde	
zie: <i>Onverschuldigde betaling</i>	
Betaling koopprijs	
zie: <i>Koop, betaling koopprijs</i>	
Betreuung	117
Bevolkingsregister	239
Bewijs	
in geval van huwelijkse voorwaarden	
zie: <i>Huwelijkse voorwaarden, bewijs van gerechtigdheid</i>	
Bezit	
zie ook: <i>Besitz</i>	
bezitsverschaffing	34
bezit bij echtgenoten	32, 33
medebezit	34, 35, 175
middellijk	62
onmiddellijk	62
van privégoederen	32
verkrijging van bezit	
door overdracht	34, 62
verlies van bezit	64
vermoeden	
dat bezitter rechthebbende is	66, 298, 327

Bezitsoverdracht

zie: *Bezit, verkrijging van bezit, door overdracht*

Bipatriden

zie: *Nationaliteit, bipatriden*

Blanco endossement

zie: *Recht aan order, laatste endossement blanco*

Boedel

boedelmenging

106, 342, 449

boedelscheiding

zie: *Verdeling (van gemeenschap)*

Boedelscheiding

zie: *Verdeling (van gemeenschap)*

Borgtocht

in personen- en familierecht

zie: *Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, borgtocht*

toestemming voor aangaan door gehuwde

zie: *Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, borgtocht*

Bruchteils eigendom

zie: *Gemeenschap, Miteigendom nach Bruchteilen*

Burgerlijke stand

openbaarheid van registers van de burgerlijke stand

zie: *Goede trouw, t.a.v. gehuwde staat wederpartij*

Causaal stelsel

zie: *Stelsel, causaal*

Cessie (levering recht op naam)

zie ook: *Abtretung*

derdenbescherming

75

cessie-akte

zie: *Akte, cessie*

van vordering op naam

73

vorm

74

Combi-keuze

zie: *Rechtskeuze, combinatie met huwelijkse voorwaarden*

Conflictenregel

deelconflictenregel

516

eenzijdige

498

Conflict mobile

zie: *Tijdsproblemen*

Contract

zie ook: *Overeenkomst*

contractsbelang

negatief

zie: *Schadevergoeding (wettelijke verplichtingen tot), negatief belang*

Convalescentie

van rechtshandelingen

zie: *Rechtshandeling, bekrachtiging*

Creditcard

zie: *Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, koop, verkoop op afbetaling*

Curatele

zie ook: *Handelingsonbekwaamheid en Betreuung*

register

85

Deelgenootschap

analoge toepassing bepalingen wettelijk deelgenootschap

523

Dépeçage

338, 339, 346, 388, 390, 411, 424, 586

Derde

te goeder trouw

zie: *Derdenbescherming, goede trouw en Derdenbescherming, in het huwelijksvermogensrecht*

Derdenbeding

aanvaarding van derdenbeding

282

Derdenbescherming

zie ook: *Beschikkings(on)bevoegdheid*

analoge toepassing art. 16 lid 2 EGBGB

561

beperkt recht en derdenbescherming

zie: *Beperkt recht, derdenbescherming*

goede trouw en derdenbescherming

zie: *Verkrijging (van goederen), goede trouw, onderzoeksplicht*

huwelijk en derdenbescherming

zie: *Derdenbescherming, in het huwelijksvermogensrecht*

in het huwelijksvermogensrecht

beperking handelingsonbekwaamheid der echtgenoten

zie: *Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, derdenbescherming*

keuzerecht derde

43, 71, 122, 404, 421, 510

zie ook: *Derdenbescherming, samenloop van beschermingsregels*

lacune in de bescherming

210, 527

volgens lex rei sitae

373

samenloop van beschermingsregels

38, 44, 243, 254, 534

bij verdeling

zie: *Verdeling (van gemeenschap), derdenbescherming*

bij verkrijging om niet

zie: *Verkrijging (van goederen), om niet*

Derogerende werking

zie: *Redelijkheid en billijkheid, beperkende werking*

Directe leer

zie: *Vertegenwoordiging, middellijke vertegenwoordiging, directe leer*

Directe verkrijgingsleer

zie: *Vertegenwoordiging, middellijke vertegenwoordiging, directe leer*

Doorlevering

doorleveringsleer

zie: *Vertegenwoordiging, doorleveringsleer*

Dozy-clausule

zie: *Huwelijkse voorwaarden, Dozy-clausule*

Draagplicht	
bij huwelijk	
kosten van de huishouding	
zie: <i>Huishouding, kosten van de huishouding, draagplicht</i>	
Duurovereenkomst	
zie: <i>Overeenkomst, duurovereenkomst</i>	
Dwaling	
vormen van dwaling	
omtrent de staat van de wederpartij	213
omtrent de verleende toestemming ex 1:88 BW	213
rechtsdwaling	213
Dwingend recht	
zie: <i>Recht, dwingend</i>	
Echtelijke woning	
handelingsonbekwaamheid der echtgenoten en beëindiging gebruik woning	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, echtelijke woning</i>	
toestemming	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid, toestemmingsvereiste</i>	
verhaal op	298
Echtgenoten	
zie ook: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten</i>	
Lex-Van Oven	14
verkoopverbod	371
Echtgenoten; rechten en verplichtingen	
zie ook: <i>Gemeenschap van goederen (wettelijke) en Gütergemeinschaft en Huwelijksvoorwaarden en Gütergemeinschaft, Einzelverwaltung en gemeenschappelijke Verwaltung en Automatische verandering van regime</i>	
bestuur	13, 104
zie ook: <i>Echtgenoten; rechten en verplichtingen, bestuur van de gemeenschap</i>	
beschikken	16
bestuursbevoegdheid	15, 16, 325
definitie	16, 101
bestuur van de gemeenschap	
beroeps- of bedrijfsgoederen, bestuurswisseling bij	97, 411, 425, 437, 452, 464, 475, 584
zie ook: <i>Huwelijksgoederenregister, inschrijfbaar feiten en Huwelijksgoederenregister, verhouding huwelijksgoederen- en onroerendgoedregister</i>	
rechtsgevolgen	100, 102, 103, 141, 159, 566
bestuursbevoegdheid	15, 16, 325
bestuursopdracht	
zie: <i>Echtgenoten; rechten en verplichtingen, bestuursopdracht</i>	
bestuursoverdracht	151, 161
zie ook: <i>Uitsluitingsclausule</i>	

bestuursovereenkomst	79, 81, 93, 147
derdenwerking	81, 147
cumulatief	80, 112
facultatief	80, 319
formele verkrijging	474
over gemeenschapsschulden	19
overlaten van bestuur	
zie: <i>Echtgenoten; rechten en verplichtingen, overlaten van bestuur</i>	
zaaksvervanging	
zie: <i>Zaaksvervanging</i>	
bestuursopdracht	155, 162
beëindiging	158
derdenbescherming	157
privatieve werking	155
terugkeer echtgenoot	156
verhaal door schuldeisers	288
vertegenwoordiging	163, 289
wanbestuur	157
bestuursoverschrijding	219
privatief	
wanbestuur	177
toetreding andere echtgenoot bij bestuursoverschrijding	47, 50, 452
zaaksvervanging	
zie: <i>Zaaksvervanging</i>	
gezamenlijk bestuur	202
overlaten van bestuur	94, 155, 162, 178
derdenbescherming	179
dwingend recht	179
lastgeving	96
rechtsgevolgen	94
volmacht	96
onder voorwaarde	95
stoornis in het bestuur	49, 57, 156
toepasselijkheid bepalingen bij scheiding van tafel en bed	
zie: <i>Scheiding van tafel en bed, rechtsgevolgen</i>	
toestemming andere echtgenoot vereist voor bepaalde rechtshandelingen	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten</i>	
Echtscheiding	169, 314
hertrouwen gescheiden echtgenoten	
zie: <i>Huwelijk, hertrouwen, hertrouwen gescheiden echtgenoten</i>	
Ehevertrag	105, 111, 233, 316
zie ook: <i>Güterrechtsregister en Overeenkomst, strijd met goede zeden en Recht, aanvullend</i>	
beëindiging Gütergemeinschaft	
zie: <i>Gütergemeinschaft, beëindiging door Ehevertrag</i>	
uitsluiting Zugewinnausgleich	132, 167

uitsluiting Versorgungsausgleich	132, 167, 168, 240
onder voorwaarde	169
EEX	524
Effectieve nationaliteit	
zie: <i>Nationaliteit, effectieve</i>	
Eigentums- und Vermögensgemeinschaft (DDR-stelsel)	20
Eigendom	
eigendomsverkrijging	
zie: <i>Verkrijging (van goederen), eigendomsverkrijging</i>	
mede-eigendom	201
zie ook: <i>Gemeenschap</i>	
Miteigentum nach Bruchteilen	
zie: <i>Gemeenschap, Miteigentum nach Bruchteilen</i>	
zaaksvorming	
zie: <i>Zaaksvorming</i>	
Eigendomsoverdracht	
zie: <i>Overdracht, eigendomsoverdracht</i>	
EVO	495, 496, 508, 516, 520
zie ook: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, in het IPR, rol 11 EVO</i>	
Fahrlässigkeit	127
grobe	62, 63, 70, 120, 124, 200, 561
Forens	210
Fremdbesitzer	
zie: <i>Besitz, Fremdbesitzer</i>	
Garantie	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, garantieverklaring</i>	
Gebruik	
gebruiksrecht op grond van de huwelijksverhouding	37
Gegenstandssurrogation	
zie: <i>Zaaksvervanging</i>	
Gelijkheidsbeginsel	
zie: <i>Mensenrechten</i>	
Gemeenschap	
zie: <i>Eigendom, mede-eigendom en Gemeinschaft van goederen (wettelijke) en Gütergemeinschaft en Gesamthandseigentum en Gesellschaft en Gemeinschaft</i>	
huwelijksgemeenschap	
zie: <i>Gemeenschap van goederen (wettelijke)</i>	
Miteigentum nach Bruchteilen	22, 467
rechten en bevoegdheden van deelgenoten	322
verdeling	
zie: <i>Verdeling (van gemeenschap)</i>	
Gemeenschap van goederen (wettelijke)	
afstand van de gemeenschap	
aansprakelijkheid	289
gevolgen voor schuldeisers	292
motief	290

rechtskarakter	291, 292
verlies van ontheffing aansprakelijkheid	291
bestuur van de gemeenschap	
zie: <i>Echtgenoten; rechten en verplichtingen, bestuur van de gemeenschap</i>	
dubbele afstand	294
omvang van de gemeenschap	470, 472
ontbinding van de gemeenschap	432, 483
aansprakelijkheid voor gemeenschapsschulden	274 e.v., 543, 564, 566
zie ook: <i>Huwelijkse voorwaarden, Dozy-clausule</i>	
aansprakelijkheid voor privéschulden	286, 571
gevolgen voor bestuur	139, 140, 433, 435, 468, 483
goede trouw schuldeisers	547
verhaal van schuldeisers	274 e.v., 396, 545 e.v., 552, 558, 567, 571
zie ook: <i>Voorrang bij verhaal en Huwelijksgoederenregister, en IPR, verhaalsmogelijkheden</i>	
opheffing van de gemeenschap bij beschikking	
publicatie en inschrijving van de opheffing	142, 143, 146
rechtgevolgen van de beschikking tot opheffing	142, 144
overlaten van bestuur	
zie: <i>Echtgenoten; rechten en verplichtingen, overlaten van bestuur</i>	
récompense	
zie: <i>Vergoedingsrechten</i>	
reprise	
zie: <i>Vergoedingsrechten</i>	
uitsluiting	
zie: <i>Uitsluitingsclausule en Verknochtheid</i>	
verhaalbaarheid gemeenschapsschuld	268, 270, 272, 325
verhaalbaarheid privéschuld	274
verknochte goederen en schulden	
zie: <i>Verknochte goederen</i>	
Gemeenschap van inboedel	
zie: <i>Huwelijkse voorwaarden, gemeenschap van inboedel</i>	
Gemeenschap van huis	
zie: <i>Huwelijkse voorwaarden, gemeenschap van huis</i>	
Gemeenschappelijke nationaliteit	
zie: <i>Nationaliteit, gemeenschappelijke</i>	
Gemeenschapsclausule	
zie: <i>Huwelijkse voorwaarden, Dozy-clausule</i>	
Gemeinschaft	72
Gerechtigd vertrouwen	
op verklaring van echtgenoot	37
zie ook: <i>Schijn in de zin van art. 3:36 BW</i>	
Gesamtgut	107
Gesamtgutsverbindlichkeit	
zie: <i>Gütergemeinschaft, Gesamtgutsverbindlichkeit</i>	

Gesamtgläubiger	
zie: <i>Schlüsselgewalt</i>	
Gesamthandseigentum	23
Gesamthandsschuld	
zie ook: <i>Gütergemeinschaft, Einzelverwaltung, verhaal van schuldeisers, en Gütergemeinschaft, gemeinschaftliche Verwaltung, verhaal van schuldeisers</i>	
doppelt angelehnte	302, 304, 308, 312, 553, 556, 572
einseitig angelehnte	302
reine	302
Gesamtvermögensgeschäft	126, 167, 168, 234, 240, 320, 525, 531, 538
ratio	234
werkingsomvang	234-237
kennis wederpartij	237, 240
Gesamtverweisung	
zie: <i>Renvoi</i>	
Geschäftsfähigkeit	
in het IPR	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid in het IPR</i>	
Geschäfte über das Gesamtgut im ganzen	254, 257
Geschäfte über Grundstücke, Schiffe oder Schiffsbauwerke	256
Gesellschaft	72
Gewone verblijfplaats	336, 337, 341, 352, 359, 360, 381
Gläubigeranfechtung	
zie: <i>Pauliana</i>	
Gleichlauf	539
zie ook: <i>Rechtskeuze</i>	
Goed	
3:86-goed	27
Goede trouw	
bij bestuur van echtgenoten	
zie: <i>Verkrijging (van goederen), goede trouw, onderzoeksplicht</i>	
bepierking handelings(on)bevoegdheid der echtgenoten en goede trouw	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, goede trouw</i>	
openbare registers en goede trouw	
zie: <i>Openbaar register, bescherming van derden, goede trouw en registers</i>	
Goede zeden	
overeenkomst in strijd met	
zie: <i>Overeenkomst, in strijd met goede zeden</i>	
Goederen	
verkrijging	
zie: <i>Verkrijging (van goederen)</i>	
Goederenrecht	
goederenrechtelijk effect	40
in het IPR	373, 398, 411, 415
Goederenrechtelijk effect	
zie: <i>Goederenrecht, goederenrechtelijk effect</i>	

Goederenrechtelijke werking

zie: *Goederenrecht, goederenrechtelijk effect*

Grobe Fahrlässigkeit

zie: *Fahrlässigkeit, grobe*

Grondrechten

zie: *Mensenrechten*

Grove nalatigheid

zie: *Fahrlässigkeit, grobe*

Grundbuch

69

derdenbescherming 126, 131, 172, 173, 329, 422. 483

en echtgenoten 72, 73, 584, 585

inschrijving 475, 480

foutieve inschrijving 70, 243

en IPR 423, 424, 465, 469, 473, 475, 487, 567, 582

onderzoekspllicht ambtenaar 44, 257

positief stelsel 70. 73, 584, 585

Gütergemeinschaft 106, 174, 175, 350. 477

zie ook: *Gesamtgut* en *Vorbehaltsgut* en *Sondergut*

beëindiging

door Ehevertrag 176, 445

door vonnis 176, 177, 180

Einzelverwaltung 116, 172, 253, 473

bedrijfsuitoefening 117, 306, 307, 425, 555

bestuursoverschrijding 130

rechten niet-verwaltende echtgenoot 118, 177, 473, 474, 566, 569

rechten Verwalter 117, 128, 130, 178, 474, 569

verhaal van schuldeisers 305 e.v., 555, 566, 568 e.v.

gemeinschaftliche Verwaltung 111, 112, 171, 174, 404, 444, 475

bedrijfsuitoefening 114, 306, 425

bestuursoverschrijding 125

bevoegdheden echtgenoten 113, 405

gemeenschappelijk goed 125

verhaal van schuldeisers 302

Gesamtgutsverbindlichkeit 302, 305

verhaal van schuldeisers bij beëindiging 553, 566, 568, 573

Verwaltung 179, 305, 341, 439

Güterrechtsregister 114, 121, 321, 328

derdenwerking 119, 130, 171, 176, 178, 328

inschrijfbaar feiten 118, 170, 175, 180, 200, 256, 418, 483, 584

en IPR 419, 471, 487, 507

derdenbescherming 420 e.v., 466 e.v., 473e.v., 483, 485, 532, 562

plaats van inschrijving 119, 180, 322, 418, 482

Gütertrennung	132, 166, 170, 173, 175, 178, 322, 470
geen toestemmingseisen	248
Haagse Verdragen	
Alimentatieverdrag 1973	372, 375, 397, 492
Huwelijksgevolgenverdrag 1905	335, 358, 375, 378, 491, 500, 580
Huwelijksvermogensverdrag 1978	335 e.v., 377, 378, 491, 579
Kinderbeschermingsverdrag 1961	375
Handelingsbekwaamheid	
zie ook: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten</i>	
in het IPR	372, 397
Handelingsonbekwaamheid echtgenoten	
zie ook: <i>Geschäfte über das Gesamtgut im ganzen en Geschäfte über Grundstücke, Schiffe oder Schiffsbauwerke en Gesamtvermögensgeschäft en Verfügungen über Haushaltsgegenstände</i>	
beëindiging gebruik woning	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, echtelijke woning</i>	
bestuurder	224
bezwarend woning	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, echtelijke woning</i>	
borgtocht	224, 263, 521, 529, 534
derdenbescherming	239, 241, 254
dwaling omtrent verleende toestemming	
zie: <i>Dwaling, vormen van dwaling, omtrent de verleende toestemming ex 1:88 BW</i>	
echtelijke woning	206, 220, 327, 533
garantieverklaring	224
gemeenschappelijke huishouding	229, 251
geldlening	230, 231, 254, 263
gescheiden wonen	203, 515, 526
gezinsbescherming	24, 327
gift	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, schenking</i>	
goede trouw	210, 226, 535
zie ook: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, in het IPR, rol van 11 EVO</i>	
bij hoofdelijk schuldenaarschap	208
inboedelgoederen	210, 524, 533
in het IPR	397, 416, 421
aanknoping woonplaats te beschermen echtgenoot	515
rol van 11 EVO	516, 519, 522, 532, 537, 589
onderzoeksplicht derde	518, 520, 536
werkingsomvang	521
koop, verkoop op afbetaling	210, 227, 228
koop, verkoop op veiling	210
medewerking	228
nietigheid	242
rechtsgrond	203

schenking	38, 215, 221, 222, 258, 321
criterium	223, 259, 260
vervreemding woning	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, echtelijke woning</i>	
wederpartij	210, 226
toestemmingsvereiste	
zie ook: <i>Dwaling, vormen van dwaling, omtrent de verleende toestemming ex 1:88 BW</i>	
kwalificatie	216
initiatief van de wederpartij	207
na einde huwelijk	208
termijn voor toestemmingverlening	242, 246, 255
termijn voor vernietiging	207, 208
vervanging van de toestemming door de rechter	206, 225, 247
vorm	204, 205, 208
vernietigbaarheid	207
vernietiging in strijd met redelijkheid en billijkheid	215, 227
Handelingsonbevoegdheid	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten</i>	
Handelsregister	
zie: <i>Openbare registers, Handelsregister</i>	
Handlungsunfähigkeit	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, in het IPR</i>	
Houderschap	
door echtgenoten	33
intersversie van houderschap	63, 65
medehouderschap	33, 36
Huishoudelijke goederen	21
Huishoudelijke schuld	
aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden	185
zie ook: <i>Schlüsselgewalt</i>	
actiefzijde	188
draagplicht	186, 493
fourneerplicht	186
gevolgen voor derden	187, 191
gescheiden wonen	194, 494, 497
goederenrechtelijke gevolgen	201
IPR-werkingsomvang	495, 498
opheffing aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden	190
rechtsgrond	185, 187, 494
verhaal	192, 588
wijziging, opheffing beschikking	192
Huishouding	
zie ook: <i>Echtgenoten; rechten en verplichtingen</i>	
kosten van de huishouding	
draagplicht	372

fourneerplicht, bijdrageplicht	15, 372
Huurovereenkomst	14
Huwelijk	
zie ook: <i>Gemeenschap van goederen, wettelijke en Huwelijkse voorwaarden en Gebruik, gebruiksrecht op grond van de huwelijksverhouding</i>	
hertrouwen gescheiden echtgenoten	
zie: <i>Huwelijkse voorwaarden bij hertrouwen echtgenoten</i>	
Huwelijkse voorwaarden	
zie ook: <i>Automatische veranderingen van regime en Echtgenoten; rechten en verplichtingen en Ehevertrag</i>	
aangaan huwelijkse voorwaarden bij notariële akte	138
aard	348
Amsterdams verrekenbeding	
zie: <i>Verrekenbeding</i>	
afrekenen bij overgang van regimes	351
benadeling schuldeisers	
zie: <i>Huwelijkse voorwaarden, Dozy-clausule en Pauliana</i>	
bewijs van gerechtigheid	
bij afwikkeling eerder stelsel	17
deelgenootschap	
zie: <i>Deelgenootschap</i>	
Dozy-clausule	280, 288, 325, 552
gemeenschappelijk verkregen goederen	104
gemeenschap van inboedel	472
gemeenschap van huis	472
bij hertrouwen echtgenoten	138, 163
rechtsgevolgen tussenliggende periode	164
huwelijksgoederenregister	
zie: <i>Huwelijksgoederenregister</i>	
inhoud huwelijkse voorwaarden	371
tijdens huwelijk gemaakte of gewijzigde voorwaarden	
aanvang werking	141
goedkeuring door de rechtbank	137, 149, 166, 283, 324, 325, 344, 345, 583
redelijke grond	138
werking jegens derden	138, 141, 287
vernietiging	325
vorm	344
verhaal op de goederen der echtgenoten	269
werking huwelijkse voorwaarden jegens derden	86, 94, 104, 323
zie ook: <i>Huwelijkse voorwaarden, tijdens huwelijk gemaakte of gewijzigde voorwaarden, werking jegens derden</i>	
Huwelijksgoederenregister	321, 408
zie ook: <i>Verkrijging (van goederen), onderzoeksplicht, verhouding art. 1:92 en 1:116</i>	
automatische werking	82, 84, 142, 322, 487
Centraal register	84, 88, 322, 587

inschrijfbaar feiten	281, 362, 443, 450, 584
en IPR	358, 362, 457, 587
derdenbescherming	362, 365, 366, 404, 417, 437, 441, 443, 464, 487, 527, 544
verhaal van schuldeisers	551, 552, 557, 584
termijn van inschrijving	269
verhouding huwelijksgoederenregister en onroerendgoedregister	98, 99, 366, 450
Huwelijksvermogensrecht en IPR	335 e.v.
zie ook: <i>Automatische verandering en Rechtskeuze</i>	
en derden	357, 397, 403
Inboedel	
definitie	210, 465
toestemming vervreemding inboedelgoederen tijdens huwelijk	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, echtelijke woning</i>	
Inschrijfbaar feit	
zie: <i>Huwelijksgoederenregister, inschrijfbaar feiten en Güterrechtsregister, inschrijfbaar feiten en Koop, verplichtingen verkoper, garantie terzake van inschrijfbaar feiten en Openbare registers, inschrijving, inschrijfbaar feit</i>	
Inschrijving	
zie: <i>Openbare registers, inschrijving, inschrijfbaar feit</i>	
Internationaal privaatrecht	
nationaliteit	
zie: <i>Nationaliteit</i>	
Interversie-verbod	
zie: <i>Houderschap, interversie van houderschap</i>	
Kaderwet, keuze voor	
zie: <i>Rechtskeuze, voor wettelijk stelsel</i>	
Kadaster	
zie: <i>Openbare registers, kadaster en openbare registers</i>	
Koop	14
koop op afbetaling	228, 496
zie ook: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten</i>	
koopoptie	203
koopprijs	
kwijtschelding	321
koop op veiling	
zie: <i>Koop, op veiling</i>	
koopverbod tussen echtgenoten	371
toepasselijk recht	508
verplichtingen verkoper	
garantie terzake van inschrijfbaar feiten	46
op veiling	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, koop op veiling</i>	
Koude uitsluiting	343, 523
zie ook: <i>Gütertrennung en Huwelijkse voorwaarden</i>	

Kwade trouw	
verkrijger te kwader trouw	31, 71
zie ook: <i>Verkrijging (van goederen), onderzoeksplicht</i>	
Kwalificatie	216, 242, 339, 389, 390, 398, 399, 497, 517, 529, 536, 560, 588
Lastgeving	
privatieve werking	97
zie ook: <i>Echtgenoten; rechten en verplichtingen, overlaten van bestuur</i>	
stilzwijgende	22
Leer der directe verkrijging	
zie: <i>Vertegenwoordiging, directe leer</i>	
Lening	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, geldlening</i>	
Levensonderhoud tussen echtgenoten	
kosten van de huishouding	
zie: <i>Huishouding, kosten van de huishouding</i>	
Levering	
zie ook: <i>Verkrijging (van goederen)</i>	
leveringshandeling	
brevi manu	61
constitutum possessorium	32, 34, 61
longa manu	61
sine manu	101
Lex rei sitae als aanknopingspunt	338, 339, 347, 372, 388, 392, 398, 448, 463, 467, 524, 586
Lieferung an den es angeht	22
zie ook: <i>Vertegenwoordiging, middellijke vertegenwoordiging, door echtgenoot</i>	
Machtsverschaffing	34
zie ook: <i>Bezit, bezitsverschaffing</i>	
Mede-bezit	
zie: <i>Bezit, medebezit</i>	
Mededelingsplicht	
echtgenoot jegens derde	123
Mede-eigendom	
zie: <i>Eigendom, mede-eigendom</i>	
Medehouderschap	
zie: <i>Houderschap, medehouderschap</i>	
Medewerking	
als voorwaarde voor handelingsbekwaamheid/handelingsbevoegdheid	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten</i>	
Mensenrechten	325, 376, 580
Middellijke vertegenwoordiging	
zie: <i>Vertegenwoordiging, middellijke vertegenwoordiging</i>	
Mitgläubiger	
zie: <i>Schlüsselgewalt</i>	

Nadeel	
onderzoeksplicht en nadeel	
zie: <i>Verkrijging (van goederen), onderzoeksplicht en nadeel</i>	
Näherberechtigung	372, 392, 399
zie ook: <i>Splitsingsstelsel</i>	
Nakoming (van verbintenissen)	
persoonlijke	19
Nalatigheid, grove	
zie: <i>Fahrlässigkeit, grobe</i>	
Nationaliteit	
bipatriden	379, 383, 388, 503, 581
voorrang voor Duitse nationaliteit in Duits IPR	380, 385, 387, 581
gemeenschappelijke	337, 352, 359, 384, 387, 449, 451, 453, 484, 502 e.v., 521, 580
effectieve	3598, 379, 380, 385
reële	359
Nationaliteitsland	336
Natrekking	339
Nauwste band, aanknoping aan	359, 381, 492, 503, 528
Nietigheid	
zie ook: <i>Rechtshandeling</i>	
rechtsgevolgen	169
Normenmangel	
zie: <i>Derdenbescherming, lancune</i>	
Notaris	475
zie ook: <i>Akte, notariële en Vreemdrechtsverklaring</i>	
Belehrungspflicht	168, 172, 324, 369
beroepsaansprakelijkheid	325, 357
onderzoeksplicht	82, 148, 238, 261, 322, 589
zie ook: <i>Notaris, rechercheplicht</i>	
rechercheplicht	410, 423, 466
zie ook: <i>Notaris, onderzoeksplicht</i>	
Notverwaltungsrecht	
zie: <i>Verwaltung, Notverwaltungsrecht</i>	
Onaanvaardbaarheidsexceptie	360, 361
Obliegenheit	450
Onderzoeksplicht	
Grundbuch-ambtenaar	
zie: <i>Grundbuch, onderzoeksplicht ambtenaar</i>	
Ongerechtvaardigde verrijking	
tussen echtgenoten	18
na vernietiging van overeenkomst	306
Onrechtmatige daad	
zie ook: <i>Aansprakelijkheid en Notaris, beroepsaansprakelijkheid</i>	
dier	
zie: <i>Aansprakelijkheid, voor dieren</i>	

door echtgenoten jegens derde	214
tussen echtgenoten	18, 325
door uitlokking wanprestatie	53
Onroerende zaak	389, 392
zie ook: <i>Goed, 3:88-goed en Lex rei sitae en Unbewegliches Vermögen</i>	
Onverschuldigde betaling	306
Openbaar register	
zie ook: <i>Grundbuch en Onroerende zaak</i>	
bescherming van derden	440
goede trouw en registers	58, 319, 329, 364, 413
tegen onjuistheid ingeschreven feit	43
tegen onvolledigheid registers	41, 42, 406, 409, 451, 457, 584
handelsregister	94
huwelijksgoederenregister	
zie: <i>Huwelijksgoederenregister</i>	
inschrijving in registers	453
derdenbescherming en inschrijving	
zie: <i>Openbare registers, bescherming van derden</i>	
in handelsregister	
zie: <i>Openbare registers, handelsregister</i>	
inschrijfbaar feiten	46, 93, 99, 141, 148, 158, 363, 365, 407, 441, 457
zie ook: <i>Inschrijfbaar feit</i>	
onjuiste of onvolledige	150
zie ook: <i>Huwelijksgoederenregister</i>	
kadaster en openbare registers	364
negatief stelsel	73, 584
registergoed	
zie: <i>Registergoed</i>	
Opgewekte schijn	
als voorwaarde voor derdenbescherming bij huwelijk	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, derdenbescherming en Huwelijksgoederenregister</i>	
Opheffing	
gemeenschap van goederen	
zie: <i>Gemeenschap van goederen (wettelijke), opheffing van de gemeenschap bij beschikking</i>	
Opnaamstelling (van een goed)	15, 39, 320
Optie	
zie: <i>Koop, koopoptie</i>	
Overdraagbaarheid (van goederen)	
zie ook: <i>Overdracht en Verkrijging (van goederen)</i>	
uitsluiting van	110
zie ook: <i>Sondergut</i>	
Overdracht	
zie ook: <i>Levering en Overdraagbaarheid (van goederen) en Verkrijging (van goederen)</i>	

bezitsverkrijging door overdracht	
zie: <i>Bezit, verkrijging van bezit, door overdracht</i>	
brevi manu	
zie: <i>Levering, leveringshandeling, brevi manu</i>	
causaal stelsel	
zie: <i>Stelsel, causaal</i>	
constituto possessorio	
zie: <i>Levering, leveringshandeling, constitutum possessorium</i>	
longa manu	
zie: <i>Levering, leveringshandeling, longa manu</i>	
sine manu	
zie: <i>Levering, leveringshandeling, sine manu</i>	
vordering	
zie: <i>Cessie, van vordering</i>	
Overeenkomst	
benoemde overeenkomsten	
borgtocht	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, borgtocht</i>	
huurovereenkomst	
zie: <i>Huur, huurovereenkomst</i>	
koopovereenkomst	
zie: <i>Koop, koopovereenkomst</i>	
lastgeving	
zie: <i>Lastgeving, lastgevingsovereenkomst en Echtgenoten; rechten en verplichtingen, overlaten van bestuur</i>	
cessieovereenkomst	
zie: <i>Cessie</i>	
derdenbeding	
zie: <i>Huwelijkse voorwaarden, Dozy-clausule</i>	
duurovereenkomst	496, 511
garantie	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, garantieverklaring</i>	
goederenrechtelijke overeenkomst	51, 107, 218
handgift	
zie: <i>Schenking</i>	
herroeping	209
bij bestuursoverschrijding	114
nietigheid	
zie: <i>Nietigheid</i>	
obligatoire	13
om niet	
zie: <i>Schenking</i>	
optie	
zie: <i>Koop, koopoptie</i>	
in strijd met goede zeden	167, 291, 325

toepasselijk recht	529
zie ook: <i>EVO</i>	
toetreding	
zie: <i>Echtgenoten; rechten en verplichtingen, bestuursoverschrijding, toetreding andere echtgenoot bij bestuursoverschrijding</i>	
Overgang	
van vorderingen	
zie: <i>Cessie</i>	
Overgangsrecht	335, 358, 360, 363, 366, 370, 376, 492, 500
Pandrecht	
zie ook: <i>Stil pandrecht</i>	
herverpanding	56, 57
stil	
zie: <i>Stil pandrecht</i>	
vestiging	
bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid pandgever	55
Pauliana (benadeling van schuldeisers)	270, 271, 283, 309, 315, 325, 573
Pensioenverevening	372
Persoonlijke huwelijksgevolgen	358, 396, 491, 500, 504, 530, 560, 588
zie ook: <i>Haagse Verdragen, Huwelijksgevolgenverdrag 1905 en Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, toestemmingsvereiste en Rechtskeuze, huwelijksgevolgen en Schlüsselgewalt</i>	
Pluraliteit van schuldeisers	
nakoming en pluraliteit van schuldeisers	198
bij ondeelbaarheid	198
Pluraliteit van schuldenaren	51, 461, 551, 570, 572
Positief stelsel	
zie: <i>Grundbuch</i>	
Privatieve last	
zie: <i>Lastgeving, privatieve werking</i>	
Recht	
aan order	
zie: <i>Recht aan order</i>	
aan toonder	
zie: <i>Recht aan toonder</i>	
aanvullend	233, 245, 252, 256, 258, 315
dwingend	261, 291, 300, 326, 497, 513
grondrechten	
zie: <i>Mensenrechten</i>	
op naam	
zie: <i>Recht op naam</i>	
Recht aan order	
bescherming tegen onbevoegdheid vervreemder bij overdracht	53
laatste endossement blanco	29, 53
vordering aan order	27
Recht aan toonder	

bescherming tegen onbevoegdheid vervreemder bij overdracht	53
vordering aan toonder	27
Recht op naam	
bescherming tegen onbevoegdheid vervreemder bij overdracht	58
levering recht op naam	
zie: <i>Cessie</i>	
Recht van koop	
zie: <i>Koop, koopoptie</i>	
Rechtsdrang	
zie: <i>Obliegenheit</i>	
Rechtshandeling	517
zie ook: <i>Nietigheid en Pauliana en Vernietigbaarheid</i>	
bekrachtiging	218
inschrijfbaarheid in openbare registers	99, 546
zie: <i>Openbaar register, inschrijving in registers, inschrijfbare feiten</i>	
om niet	537
verboden rechtshandeling	
zie: <i>Nietigheid en Overeenkomst, in strijd met goede zeden</i>	
voortbouwende	235, 526, 538
voorwaardelijke	
zie: <i>Voorwaarde</i>	
Rechtskeuze in het echtscheidingsrecht	502
Rechtskeuze in het huwelijksgevolgenrecht	367, 376, 497, 500, 502, 509, 535, 539, 581
beëindiging van rechtswege	503
keuzemogelijkheden	383
opheffing keuze	503
vorm	386
Rechtskeuze in het huwelijksvermogensrecht	387, 544, 548, 580
behoud-keuze	354, 455, 483, 486, 558
en derdenbescherming	354, 455, 483, 585
depeçerende rechtskeuze	
zie: <i>Dépeçage</i>	
gecombineerd met keuze voor huwelijksgevolgenrecht	
zie: <i>Rechtskeuze in het huwelijksgevolgenrecht</i>	
gecombineerd met huwelijkse voorwaarden (combi-keuze)	343, 345, 393, 438, 470, 544; 583
en derdenbescherming	340, 356, 414, 415, 559
keuze wettelijk stelsel/kaderwet	341 e.v., 347, 393, 414, 438, 443
na automatische verandering	356, 464, 585
opheffing eerdere keuze	394, 480, 481
rechtsgevolgen	349, 368, 395, 415, 433, 563, 570, 586
staande huwelijk	340 e.v., 349, 367, 370, 432 e.v., 450
voor het huwelijk	337, 359
voor toekomstig domicilie	338, 413
vorm	340, 345, 355, 368, 393, 470, 483, 580

Rechtskeuze in het overeenkomstenrecht	495
zie ook: <i>EVO</i>	
Rechtsmacht	
zie: <i>EEX</i>	
Rechtsverwerking	49
Rechtszekerheid	45, 46
Redelijkheid en billijkheid	
beperkende werking	160
in het IPR	360
in het personen- en familierecht	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, vernietigbaarheid, beroep in strijd met redelijkheid en billijkheid</i>	
Register	
openbaar register	
zie: <i>Openbaar register</i>	
Registergoed	
zie ook: <i>Onroerende zaak</i>	
derdenbescherming en registergoed	39, 40, 407
zie ook: <i>Openbaar register, bescherming van derden en Verkrijging (van goederen)</i>	
bescherming van derden	
tegen onbevoegdheid vervreemder bij overdracht	
zie: <i>Openbaar register, bescherming van derden</i>	
tegen onjuistheid openbare registers	
zie: <i>Openbare registers, bescherming van derden</i>	
levering	69
opnaamstelling	
zie: <i>Openbare registers, opnaamstelling</i>	
Renvoi	378, 382, 463, 481, 483, 485, 486, 503, 505, 509, 523, 532, 533, 537, 564, 582
Retorsie	
zie: <i>Näherberechtigung</i>	
Roerende zaak	
bescherming tegen onbevoegdheid vervreemder bij overdracht	47
en IPR	372
Sabah-exceptie	359, 361
Samenloop	
van vernietigingsgronden	
zie: <i>Derdenbescherming, samenloop van beschermingsregels</i>	
Schadevergoeding (wettelijke verplichtingen tot)	
negatief belang	239
Scheiding en deling	
zie: <i>Verdeling (van gemeenschap)</i>	
Scheiding van tafel en bed	
rechtsgevolgen	195
verzoening	

rechtsgevolgen	294
werking jegens derden	295, 296
Schenking	
in het huwelijksvermogensrecht	
tussen echtgenoten	162, 371
handelingsonbevoegdheid der echtgenoten en schenking	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, schenking</i>	
vorm	260
Schets IPR-wet	374
Schijn in de zin van 3:36	37, 39, 41, 272, 408, 456
Schip	
zie: <i>Geschäfte über Grundstücke, Schiffe oder Schiffsbauwerke</i>	
Schlüsselgewalt	196
dwingend recht	200
gescheiden wonen	201
gevolgen voor derden	506
goederenrechtelijke gevolgen	199
in het IPR	397, 500, 506 e.v., 512
verbintenisrechtelijke gevolgen	197, 512
Schuldigerkenning uit vrijgevigheid	
zie: <i>Schenking</i>	
Sinnwidrige Verweisung	
zie: <i>Renvoi</i>	
Sondergut	110, 116, 127, 258, 262, 303, 307, 439, 440, 458, 471, 472, 548, 554, 555, 569, 570
Splitsingsstelsel	
zie: <i>Stelsel, splitsingsstelsel</i>	
Stelsel	
abstract	241
zie ook: <i>Grundbuch</i>	
doorbreking abstract stelsel	241
causaal	291
positief	
zie: <i>Grundbuch</i>	
splitsingsstelsel	347, 349, 373
Stil pandrecht	
zie ook: <i>Pandrecht</i>	
derdenbescherming en stil pandrecht	57
Strijd	
met de goede zeden	
zie: <i>Overeenkomst, in strijd met de goede zeden</i>	
met de redelijkheid en billijkheid	
zie: <i>Redelijkheid en billijkheid</i>	
Substitutie	
zie: <i>Zaaksvervanging</i>	

Terugwerkende kracht (bij rechtskeuze)	
<i>zie: Rechtskeuze, rechtsgevolgen</i>	
Termijnstelling	
door echtgenoot	48
Tijdsbepaling	
opschortende	209
Toekomstig domicilie	
<i>zie: Rechtskeuze, voor het huwelijk, toekomstig domicilie</i>	
Toedoen andere echtgenoot	
<i>zie: Schijn in de zin van art. 3:36</i>	
Toestemming	
<i>zie: Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, toestemmingsvereiste</i>	
Traditio	
brevi manu	
<i>zie: Levering, leveringshandeling, brevi manu</i>	
longa manu	
<i>zie: Levering, leveringshandeling, longa manu</i>	
sine manu	
<i>zie: Levering, leveringshandeling, sine manu</i>	
Transportakte	
<i>zie: Akte, notariële akte</i>	
Tijdsproblemen	
<i>zie ook: Overeenkomst, duurovereenkomst</i>	
veranderlijke aanknoping	513, 525, 538
verhaalsproblemen na een overgang	549 e.v.
Typenzwang (in het huwelijksvermogensrecht)	23
Überlassung der Vermögensverwaltung	
<i>zie: Echtgenoten; rechten en verplichtingen, overlaten van bestuur</i>	
Unbewegliches Vermögen	
<i>zie: Onroerende zaak</i>	
Uitsluitingsclausule	152, 153, 436, 439, 555
<i>zie ook: Bezit, van privégoederen en Verknochtheid</i>	
Valsheid in geschrifte	30
Vaststellingsovereenkomst	340
<i>zie ook: Huwelijks voorwaarden, bewijs van gerechtigdheid</i>	
Veiling	
veilingkoop	
<i>zie: Koop, op veiling</i>	
Veilingkoop	
<i>zie: Koop, op veiling</i>	
Verbondenheid; hoofdelijke	
<i>zie: Gemeenschap van goederen (wettelijke), ontbinding en Huishouding, kosten van de huishouding</i>	
Verbruikleen	
<i>zie: Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, geldleen</i>	

Verdeling (van gemeenschap)	174, 314, 346, 351, 467, 471, 478, 482
derdenbescherming	174
verhaalsgevolgen van verdeling	312 e.v.
Verhaal	
zie ook: <i>Gütergemeinschaft, gemeinschaftliche Verwaltung, verhaal van schuldeisers en Gütergemeinschaft, Einzelverwaltung, verhaal van schuldeisers en Huwelijksgoederenregister, en IPR, verhaal van schuldeisers en Pauliana</i>	
op inboedel echtelijke woning	299
van gemeenschapsschulden	
van huishoudelijke schulden	
zie: <i>Huishoudelijke schuld, verhaal</i>	
bij niet samenwonende echtgenoten	299
na ontbinding van de huwelijksgemeenschap	
zie: <i>Gemeenschap van goederen (wettelijke), ontbinding van de gemeenschap, aansprakelijkheid voor gemeenschapsschulden</i>	
bij Zugewinngemeinschaft of Gütertrennung	308, 310
Verhaalsrecht	
op alle goederen van de schuldenaar	267, 297
Verkregen rechten	548, 549
Verknochtheid	
verknochte goederen	152, 555
Verkrijging (van goederen)	
zie ook: <i>Levering en Overdraagbaarheid en Overdracht</i>	
anders dan om niet	43
directe	14
goede trouw	327
onderzoeksplicht ex art. 1:92	27, 30, 55, 210, 219, 319, 325
onderzoeksplicht ex art. 3:11	38, 55
onderzoeksplicht ex art. 3:24	160
zie ook: <i>Openbare registers, bescherming van derden</i>	
onderzoeksplicht en nadeel	31, 38, 89
verhouding art. 1:92 - 1:116	55, 83, 91, 405
zie ook: <i>Huwelijksgoederenregister, verhouding huwelijksgoederenregister en onroerendgoedregister</i>	
Vernietiging	
gronden	
handelingsonbekwaamheid	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten</i>	
wegens benadeling	
zie: <i>Pauliana</i>	
verjaring rechtsvordering tot vernietiging	45
zakelijke werking	
zie: <i>Goederenrecht, goederenrechtelijk effect</i>	
Versorgungsausgleich	
zie: <i>Ehevertrag, uitsluiting Versorgungsausgleich en Pensioenverevening</i>	

Vertegenwoordiging	
zie ook: <i>Volmacht</i>	
bij bestuurshandelingen van echtgenoten	
zie: <i>Echtgenoten; rechten en verplichtingen, bestuursopdracht, vertegenwoordiging</i>	
middellijke vertegenwoordiging	
directe leer	108
zie ook: <i>Verkrijging (van goederen), directe verkrijging</i>	
doorleveringsleer	22, 107
door echtgenoot	15, 186
Vertrouwen	
nadeel	
zie: <i>Verkrijging (van goederen), onderzoeksplicht en nadeel</i>	
rechtsverwerking	
zie: <i>Rechtsverwerking</i>	
Vervangbare zaak	
zie: <i>Zaaksvervanging</i>	
Verwaltung	
bij Zugewinnngemeinschaft	
zie: <i>Zugewinnngemeinschaft, bestuur</i>	
bij Gütertrennung	
zie: <i>Gütertrennung, bestuur</i>	
bij Gütergemeinschaft	
zie: <i>Gütergemeinschaft, Einzelverwaltung en Gütergemeinschaft, Gesamtverwaltung</i>	
Notverwaltungsrecht	112, 303, 306
Verwaterde nationaliteit	
zie: <i>Nationaliteit, effectieve en Nationaliteit, reële</i>	
Verzoening echtgenoten	
zie: <i>Scheiding van tafel en bed, verzoening</i>	
Veto-recht echtgenoot	
zie: <i>Behoudverklaring</i>	
Volmacht	
zie ook: <i>Vertegenwoordiging</i>	
in het huwelijksvermogensrecht	14, 113, 305
Voorrang bij verhaal	549, 556, 557, 570
zie ook: <i>Gemeenschap, (wettelijke), ontbinding, verhaal van schuldeisers en Huwelijksgoederenregister, en IPR, verhaalsmogelijkheden</i>	
Voorrangsregel (IPR)	459, 460, 493, 515
Voorwaarde	
zie ook: <i>Ehevertrag, onder voorwaarde</i>	
ontbindende	41
opschortende	209
Vorbehaltsgut	109, 116, 127, 254, 258, 262, 303, 307, 439, 440, 444, 458, 471-474, 548, 554, 555, 557, 565, 568, 570, 571

Vordering	
overdracht	
zie: <i>Cessie</i>	
overdraagbaarheid	73
Vordering aan order	
zie: <i>Recht aan order</i>	
Vordering aan toonder	
zie: <i>Recht aan toonder</i>	
Vordering op naam	
zie: <i>Recht op naam</i>	
Vordering uit onrechtmatige daad	
zie: <i>Onrechtmatige daad</i>	
Vreemdrecht-verklaring	357, 362, 405, 406, 454, 456, 550
Vruchtgebruik	
derdenbescherming	54, 57
Vuistpandrecht	
zie: <i>Pandrecht</i>	
Wagonstelsel	353, 369, 456, 459, 480, 482, 487
zie ook: <i>Automatische verandering van regime en Behoudverklaring</i>	
Wangedrag	
zie: <i>Echtgenoten; rechten en verplichtingen, bestuur van de gemeenschap en Echtgenoten; rechten en verplichtingen, bestuursopdracht, wanbestuur en Echtgenoten; rechten en verplichtingen, overschrijding bestuursmacht, wanbestuur</i>	
Wet Algemene Bepalingen	368, 491
Wet op het consumentenkrediet	228
Wetsontduiking	152
Wilsvertrouwensleer	90
Winkelpas	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, koop, verkoop op afbetaling</i>	
Woning	
zie: <i>Handelingsonbekwaamheid echtgenoten, echtelijke woning</i>	
Woonplaats	
zie: <i>Gewone verblijfplaats</i>	
Woonplaatsland	336
Zaaksvervang	17, 21, 53, 174, 447, 448
Zaakwaarneming	14, 467
Zakelijke overeenkomst	
zie: <i>Overeenkomst, goederenrechtelijke overeenkomst</i>	
Zakelijke werking	
zie: <i>Goederenrecht, goederenrechtelijk effect</i>	
Zugewinnngemeinschaft	322
bestuur	20, 21, 452, 458, 464, 466, 457
berekening Zugewinn	21
gemodificeerde	23, 322
bevoegdheidsbeperkingen	
zie: <i>Gesamtvermögensgeschäft</i>	

Zugewinnausgleich 171, 235, 253, 311, 433, 442, 463, 476,
477, 483, 560, 562, 571
zie ook: *Ehevertrag, uitsluiting Zugewinnausgleich*
voortijdige 170
zie ook: *Gütertrennung*

Enkele bepalingen uit het Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 1362. (1) ¹Zugunsten der Gläubiger des Mannes und der Gläubiger der Frau wird vermutet, daß die im Besitz eines Ehegatten oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Schuldner gehören. ²Diese Vermutung gilt nicht, wenn die Ehegatten getrennt leben und sich die Sachen im Besitze des Ehegatten befinden, der nicht Schuldner ist. ³Inhaberpapiere und Orderpapiere, die mit Blankoindossament versehen sind, stehen den beweglichen Sachen gleich.

(2) Für die ausschließlich zum persönlichen Gebrauch eines Ehegatten bestimmten Sachen wird im Verhältnis der Ehegatten zueinander und zu den Gläubigern vermutet, daß sie dem Ehegatten gehören, für dessen Gebrauch sie bestimmt sind.

§ 1363. (1) Die Ehegatten leben im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, wenn sie nicht durch Ehevertrag etwas anderes vereinbaren.

(2) ¹Das Vermögen des Mannes und das Vermögen der Frau werden nicht gemeinschaftliches Vermögen der Ehegatten; dies gilt auch für Vermögen, das ein Ehegatte nach der Eheschließung erwirbt. ²Der Zugewinn, den die Ehegatten in der Ehe erzielen, wird jedoch ausgeglichen, wenn die Zugewinnngemeinschaft endet.

§ 1364. Jeder Ehegatte verwaltet sein Vermögen selbständig; er ist jedoch in der Verwaltung seines Vermögens nach Maßgabe der folgenden Vorschriften beschränkt.

§ 1365. (1) ¹Ein Ehegatte kann sich nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im ganzen zu verfügen. ²Hat er sich ohne Zustimmung des anderen Ehegatten verpflichtet, so kann er die Verpflichtung nur erfüllen, wenn der andere Ehegatte einwilligt.

(2) Entspricht das Rechtsgeschäft den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung, so kann das Vormundschaftsgericht auf Antrag des Ehegatten die Zustimmung des anderen Ehegatten ersetzen, wenn dieser Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert und mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist.

§ 1366. (1) Ein Vertrag, den ein Ehegatte ohne die erforderliche Einwilligung des anderen Ehegatten schließt, ist wirksam, wenn dieser ihn genehmigt.

(2) ¹Bis zur Genehmigung kann der Dritte den Vertrag widerrufen.² Hat er gewußt, daß der Mann oder die Frau verheiratet ist, so kann er nur widerrufen, wenn der Mann oder die Frau wahrheitswidrig behauptet hat, der andere Ehegatte habe eingewilligt; er kann auch in diesem Falle nicht widerrufen, wenn ihm beim abschluß des Vertrages bekannt war, daß der andere Ehegatte nicht eingewilligt hatte.

(3) ¹Fordert der Dritte den Ehegatten auf, die erforderliche Genehmigung des anderen Ehegatten zu beschaffen, so kann dieser sich nur dem Dritten gegenüber

über die Genehmigung erklären; hat er sich bereits vor der Aufforderung seinem Ehegatten gegenüber erklärt, so wird die Erklärung unwirksam. ²Die Genehmigung kann nur innerhalb von zwei Wochen seit dem Empfang der Aufforderung erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert. ³Ersetzt das Vormundschaftsgericht die Genehmigung, so ist sein Beschluß nur wirksam, wenn der Ehegatte ihn dem Dritten innerhalb der zweiwöchigen Frist mitteilt; anderenfalls gilt die Genehmigung als verweigert.

(4) Wird die Genehmigung verweigert, so ist der Vertrag unwirksam.

§ 1367. Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ohne die erforderliche Einwilligung vorgenommen wird, ist unwirksam.

§ 1368. Verfügt ein Ehegatte ohne die erforderliche Zustimmung des anderen Ehegatten über sein Vermögen, so ist auch der andere Ehegatte berechtigt, die sich aus der Unwirksamkeit der Verfügung ergebenden Rechte gegen den Dritten gerichtlich geltend zu machen.

§ 1369. (1) Ein Ehegatte kann über ihm gehörende Gegenstände des ehelichen Haushalts nur verfügen und sich zu einer solchen Verfügung auch nur verpflichten, wenn der andere Ehegatte einwilligt.

(2) Das Vormundschaftsgericht kann auf Antrag des Ehegatten die Zustimmung des anderen Ehegatten ersetzen, wenn dieser sie ohne ausreichenden Grund verweigert oder durch Krankheit oder Abwesenheit verhindert ist, eine Erklärung abzugeben.

(3) Die Vorschriften der §§1366 bis 1368 gelten entsprechend.

§ 1408. (1) Die Ehegatten können ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) regeln, insbesondere auch nach der Eingehung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern.

(2) ¹In einem Ehevertrag können die Ehegatten durch eine ausdrückliche Vereinbarung auch den Versorgungsausgleich ausschließen. ²Der Ausschluß ist unwirksam, wenn innerhalb eines Jahres nach Vertragsschluß Antrag auf Scheidung der Ehe gestellt wird.

§ 1409. Der Güterstand kann nicht durch Verweisung auf nicht mehr geltendes oder ausländisches Recht bestimmt werden.

§ 1410. Der Ehevertrag muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile zur Niederschrift eines Notars geschlossen werden.

§ 1411. (1) ¹Wer in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, kann einen Ehevertrag nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters schließen. ²Dies gilt auch für einen Betreuten, soweit für diese Angelegenheit ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist. ³Ist der gesetzliche Vertreter in Vormund oder Betreuer, so ist auch der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich, wenn der Ausgleich des Zugewinns ausgeschlossen oder eingeschränkt oder

wenn Gütergemeinschaft vereinbart oder aufgehoben wird. ⁴Der gesetzliche Vertreter kann für einen in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Ehegatten oder einen geschäftsfähigen Betreuten keinen Ehevertrag schließen.

(2) ¹Für einen geschäftsunfähigen Ehegatten schließt der gesetzliche Vertreter den Vertrag; Gütergemeinschaft kann er nicht vereinbaren oder aufheben. ²Ist der gesetzliche Vertreter ein Vormund oder Betreuer, so kann er den Vertrag nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts schließen.

§ 1412. (1) Haben die Ehegatten den gesetzlichen Güterstand ausgeschlossen oder geändert, so können sie hieraus einem Dritten gegenüber Einwendungen gegen ein Rechtsgeschäft, das zwischen einem von ihnen und dem Dritten vorgenommen worden ist, nur herleiten, wenn der Ehevertrag um Güterrechtsregister des zuständigen Amtsgerichts eingetragen oder dem Dritten bekannt war, als das Rechtsgeschäft vorgenommen wurde; Einwendungen gegen ein rechtskräftiges Urteil, das zwischen einem der Ehegatten und dem Dritten ergangen ist, sind nur zulässig, wenn der Ehevertrag eingetragen oder dem Dritten bekannt war, als der Rechtsstreit anhängig wurde.

(2) Das gleiche gilt, wenn die Ehegatten eine im Güterrechtsregister eingetragene Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse durch Ehevertrag aufheben oder ändern.

§ 1413. Überläßt ein Ehegatte sein Vermögen der Verwaltung des anderen Ehegatten, so kann das Recht, die Überlassung jederzeit zu widerrufen, nur durch Ehevertrag ausgeschlossen oder eingeschränkt werden; ein Widerruf aus wichtigem Grunde bleibt gleichwohl zulässig.

§ 1414. ¹Schließen die Ehegatten den gesetzlichen Güterstand aus oder heben sie ihn auf, so tritt Gütertrennung ein, falls sich nicht aus dem Ehevertrag etwas anderes ergibt. ²Das gleiche gilt, wenn der Ausgleich des Zugewinns oder der Versorgungsausgleich ausgeschlossen oder die Gütergemeinschaft aufgehoben wird.

§ 1415. Vereinbaren die Ehegatten durch Ehevertrag Gütergemeinschaft, so gelten die nachstehenden Vorschriften.

§ 1416. ¹Das Vermögen des Mannes und das Vermögen der Frau werden durch die Gütergemeinschaft gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten (Gesamtgut). ²Zu dem Gesamtgut gehört auch das Vermögen, das der Mann oder die Frau während der Gütergemeinschaft erwirbt.

(2) Die einzelnen Gegenstände werden gemeinschaftlich; sie brauchen nicht durch Rechtsgeschäft übertragen zu werden.

(3) ¹Wird ein Recht gemeinschaftlich, das im Grundbuch eingetragen ist oder in das Grundbuch eingetragen werden kann, so kann jeder Ehegatte von dem anderen verlangen, daß er zur Berichtigung des Grundbuchs mitwirke. ²Entsprechendes gilt, wenn ein Recht gemeinschaftlich wird, das im Schiffsregister oder im Schiffsbauregister eingetragen ist.

§ 1417. (1) Vom Gesamtgut ist das Sondergut ausgeschlossen.

(2) Sondergut sind die Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können.

(3) ¹Jeder Ehegatte verwaltet sein Sondergut selbständig². Er verwaltet es für Rechnung des Gesamtgutes.

§ 1418. (1) Vom Gesamtgut ist das Vorbehaltsgut ausgeschlossen.

(2) Vorbehaltsgut sind die Gegenstände,

1. die durch Ehevertrag zum Vorbehaltsgut eines Ehegatten erklärt sind;

2. die ein Ehegatte von Todes wegen erwirbt oder die ihm von einem Dritten unentgeltlich zugewendet werden, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Dritte bei der Zuwendung bestimmt hat, daß der Erwerb Vorbehaltsgut sein soll;

3. die ein Ehegatte auf Grund eines zu seinem Vorbehaltsgut gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum Vorbehaltsgut gehörenden Gegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erwirbt, das sich auf das Vorbehaltsgut bezieht.

(3) ¹Jeder Ehegatte verwaltet das Vorbehaltsgut selbständig². Er verwaltet es für eigene Rechnung.

(4) Gehören Vermögensgegenstände zum Vorbehaltsgut, so ist dies Dritten gegenüber nur nach Maßgabe des § 1412 wirksam.

§ 1419. (1) Ein Ehegatte kann nicht über seinen Anteil am Gesamtgut und an den einzelnen Gegenständen verfügen, die zum Gesamtgut gehören; er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen.

(2) Gegen eine Forderung, die zum Gesamtgut gehört, kann der Schuldner nur mit einer Forderung aufrechnen, deren Berichtigung er aus dem Gesamtgut verlangen kann.

§ 1420. Die Einkünfte, die in das Gesamtgut fallen, sind vor den Einkünften, die in das Vorbehaltsgut fallen, der Stamm des Gesamtgutes ist vor dem Stamm des Vorbehaltsgutes oder des Sondergutes für den Unterhalt der Familie zu verwenden.

§ 1421. ¹Die Ehegatten sollen in dem Ehevertrag, durch den sie die Gütergemeinschaft vereinbaren, bestimmen, ob das Gesamtgut von dem Mann oder Frau oder von ihnen gemeinschaftlich verwaltet wird. ²Enthält der Ehevertrag keine Bestimmung hierüber, so verwalten die Ehegatten das Gesamtgut gemeinschaftlich.

§ 1422. ¹Der Ehegatte, der das Gesamtgut verwaltet, ist insbesondere berechtigt, die zum Gesamtgut gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen und über das Gesamtgut zu verfügen; er führt Rechtsstreitigkeiten, die sich auf Gesamtgut beziehen, im eigenen Namen. ²Der andere Ehegatte wird durch die Verwaltungshandlungen nicht persönlich verpflichtet.

§ 1423. ¹Der Ehegatte, der das Gesamtgut verwaltet, kann nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über das Gesamtgut im ganzen zu verfügen. ²Hat er sich ohne Zustimmung des anderen verpflichtet, so kann er die Verpflichtung nur erfüllen, wenn der andere Ehegatte einwilligt.

§ 1424. ¹Der Ehegatte, der das Gesamtgut verwaltet, kann nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten über ein zum Gesamtgut gehörendes Grundstück verfügen; er kann sich zu einer solchen Verfügung auch nur mit Einwilligung seines Ehegatten verpflichten. ²Dasselbe gilt, wenn ein eingetragenes Schiff oder Schiffsbauwerk zum Gesamtgut gehört.

§ 1425. (1) ¹Der Ehegatte, der das Gesamtgut verwaltet, kann nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten Gegenstände aus dem Gesamtgut verschenken; hat er ohne Zustimmung des anderen Ehegatten versprochen, Gegenstände aus dem Gesamtgut zu verschenken, so kann er dieses Versprechen nur erfüllen, wenn der andere Ehegatte einwilligt. ²Das gleiche gilt von einem Schenkungsversprechen, das sich nicht auf das Gesamtgut bezieht.

(2) Ausgenommen sind Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird.

§ 1426. Ist ein Rechtsgeschäft, das nach den §§ 1423, 1424 nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten vorgenommen werden kann, zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Gesamtgutes erforderlich, so kann das Vormundschaftsgericht auf Antrag die Zustimmung des anderen Ehegatten ersetzen, wenn dieser sie ohne ausreichenden Grund verweigert oder durch Krankheit oder Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert und mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist.

§ 1427. (1) Nimmt der Ehegatte, der das Gesamtgut verwaltet, ein Rechtsgeschäft ohne die erforderliche Einwilligung des anderen Ehegatten vor, so gelten die Vorschriften des § 1366 Abs. 1, 3, 4 und des § 1367 entsprechend.

(2) ¹Einen Vertrag kann der Dritte bis zur Genehmigung widerrufen. ²Hat er gewußt, daß der Ehegatte in Gütergemeinschaft lebt, so kann er nur widerrufen, wenn dieser wahrheitswidrig behauptet hat, der andere Ehegatte habe eingewilligt; er kann auch in diesem Falle nicht widerrufen, wenn ihm beim Abschluß des Vertrages bekannt war, daß der andere Ehegatte nicht eingewilligt hatte.

§ 1428. Verfügt der Ehegatte, der das Gesamtgut verwaltet, ohne die erforderliche Zustimmung des anderen Ehegatten über ein zum Gesamtgut gehörendes Recht, so kann dieser das Recht gegen Dritte gerichtlich geltend machen; der Ehegatte, der das Gesamtgut verwaltet, braucht hierzu nicht mitzuwirken.

§ 1429. ¹Ist der Ehegatte, der das Gesamtgut verwaltet, durch Krankheit oder durch Abwesenheit verhindert, ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, das sich auf das Gesamtgut bezieht, so kann der andere Ehegatte das Rechtsgeschäft vornehmen, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist; er kann hierbei im eigenen Namen oder im Namen des verwaltenden Ehegatten handeln. ²Das gleiche gilt für die Führung eines Rechtsstreits, der sich auf das Gesamtgut bezieht.

§ 1430. Verweigert der Ehegatte, der das Gesamtgut verwaltet, ohne ausreichenden Grund die Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft, das der andere Ehegatte zur ordnungsmäßigen Besorgung seiner persönlichen Angelegenheiten vornehmen muß,

aber ohne diese Zustimmung nicht mit Wirkung für das Gesamtgut vornehmen kann, so kann das Vormundschaftsgericht die Zustimmung auf Antrag ersetzen.

§ 1431. (1) ¹Hat der Ehegatte, der das Gesamtgut verwaltet, darin eingewilligt, daß der andere Ehegatte selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt, so ist seine Zustimmung zu solchen Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten nicht erforderlich, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. ²Einseitige Rechtsgeschäfte, die sich auf das Erwerbsgeschäft beziehen, sind dem Ehegatten gegenüber vorzunehmen, der das Erwerbsgeschäft betreibt.

(2) Weiß der Ehegatte, der das Gesamtgut verwaltet, daß der andere Ehegatte ein Erwerbsgeschäft betreibt, und hat er hiergegen keinen Einspruch eingelegt, so steht dies einer Einwilligung gleich.

(3) Dritten gegenüber ist ein Einspruch und der Widerruf der Einwilligung nur nach Maßgabe des § 1412 wirksam.

§ 1450. (1) ¹Wird das Gesamtgut von den Ehegatten gemeinschaftlich verwaltet, so sind die Ehegatten insbesondere nur gemeinschaftlich berechtigt, über das Gesamtgut zu verfügen und Rechtsstreitigkeiten zu führen, die sich auf das Gesamtgut beziehen. ²Der Besitz am dem zum Gesamtgut gehörenden Sachen gebührt den Ehegatten gemeinschaftlich.

(2) Ist eine Willenserklärung den Ehegatten gegenüber abzugeben, so genügt die Abgabe einem Ehegatten.

§ 1456. (1) ¹Hat ein Ehegatte darin eingewilligt, daß der andere Ehegatte selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt, so ist seine Zustimmung zu solchen Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten nicht erforderlich, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. ²Einseitige Rechtsgeschäfte, die sich auf das Erwerbsgeschäft beziehen, sind dem Ehegatten gegenüber vorzunehmen, der das Erwerbsgeschäft betreibt.

(2) Weiß ein Ehegatte, daß der andere ein Erwerbsgeschäft betreibt, und hat er hiergegen keinen Einspruch eingelegt, so steht dies einer Einwilligung gleich.

(3) Dritten gegenüber ist ein Einspruch und der Widerruf der Einwilligung nur nach Maßgabe des § 1412 wirksam.

Enkele bepalingen uit het Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB)

Art. 4. (1) ¹Wird auf das Recht eines anderen Staates verwiesen, so ist auch dessen Internationales Privatrecht anzuwenden, sofern dies nicht dem Sinn der Verweisung widerspricht. ²Verweist das Recht des anderen Staates auf deutsches Recht zurück, so sind die deutschen Sachvorschriften anzuwenden.

(2) Soweit die Parteien das Recht eines Staates wählen können, können sie nur auf die Sachvorschriften verweisen.

(3) ¹Wird auf das Recht eines Staates mit mehreren Teilrechtsordnungen verwiesen, ohne die maßgebende zu bezeichnen, so bestimmt das Recht dieses Staates, welche Teilrechtsordnung anzuwenden ist. ²Fehlt eine solche Regelung, so ist die Teilrechtsordnung anzuwenden, mit welcher der Sachverhalt am engsten verbunden ist.

Art. 5. (1) ¹Wird auf das Recht des Staates verwiesen, dem eine Person angehört, und gehört sie mehreren Staaten an, so ist das Recht desjenigen dieser Staaten anzuwenden, mit dem die Person am engsten verbunden ist, insbesondere durch ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder durch den Verlauf ihres Lebens. ²Ist die Person auch Deutscher, so geht diese Rechtsstellung vor.

(2) Ist eine Person staatenlos oder kann ihre Staatsangehörigkeit nicht festgestellt werden, so ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder, mangels eines solchen, ihren Aufenthalt hat.

(3) Wird auf das Recht des Staates verwiesen, in dem eine Person ihren Aufenthalt hat, und ändert eine nicht voll geschäftsfähige Person den Aufenthalt ohne den Willen des gesetzlichen Vertreters, so führt diese Änderung allein nicht zur Anwendung eines anderen Rechts.

Art. 12. ¹Wird ein Vertrag zwischen Personen geschlossen, die sich in demselben Staat befinden, so kann sich eine natürliche Person, die nach den Sachvorschriften des Rechts dieses Staates rechts- geschäfts- und handlungsfähig wäre, nur dann auf ihre aus den Sachvorschriften des Rechts eines anderen Staates abgeleitete Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit berufen, wenn der andere Vertragsteil bei Vertragsabschluß diese Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit kannte oder kennen mußte. ²Dies gilt nicht für familienrechtliche und erbrechtliche Rechtsgeschäfte sowie für Verfügungen über ein in einem anderen Staat belegenes Grundstück.

Art. 14. (1) Die allgemeinen Wirkungen der Ehe unterliegen

1. dem Recht des Staates, dem beide Ehegatten angehören oder während der Ehe zuletzt angehört, wenn einer von ihnen diesem Staat noch angehört, sonst
2. dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben oder während der Ehe zuletzt hatten, wenn einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, hilfsweise
3. dem Recht des Staates, mit dem die Ehegatten auf andere Weise gemeinsam am

engsten verbunden sind.

(2) ¹Gehört ein Ehegatte mehreren Staaten an, so können die Ehegatten ungeachtet des Artikels 5 Abs. 1 das Recht eines dieser Staaten wählen, falls ihm auch der andere Ehegatte angehört.

(3) ¹Ehegatten können das Recht des Staates wählen, dem ein Ehegatte angehört, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 Nr. 1 nicht vorliegen und

1. kein Ehegatte dem Staat angehört, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, oder

2. die Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in demselben Staat haben.

²Die Wirkungen der Rechtswahl enden, wenn die Ehegatten eine gemeinsame Staatsangehörigkeit erlangen.

(4) ¹Die Rechtswahl muß notariell beurkundet werden.² Wird sie nicht im Inland vorgenommen, so genügt es, wenn sie den Formerfordernissen für einen Ehevertrag nach dem gewählten Recht oder am Ort der Rechtswahl entspricht.

Art. 15. (1) Die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe unterliegen dem bei der Eheschließung für die allgemeinen Wirkungen der Ehe Maßgebenden Recht.

(2) Die Ehegatten können für die güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe wählen

1. das Recht des Staates, dem einer von ihnen angehört,

2. das Recht des Staates, in dem einer von ihnen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder

3. für unbewegliches Vermögen das Recht des Lageorts.

(3) Artikel 14 Abs. 4 gilt entsprechend.

(4) Die Vorschriften des Gesetzes über den ehelichen Güterstand von Vertriebenen und Flüchtlingen bleiben unberührt.

Art. 16. (1) Unterliegen die Güterrechtlichen Wirkungen einer Ehe dem Recht eines anderen Staates und hat einer der Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland oder betreibt er hier ein Gewerbe, so ist § 1412 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend anzuwenden; der fremde gesetzliche Güterstand steht einem vertragsmäßigen gleich.

(2) Auf im Inland vorgenommene Rechtsgeschäfte ist § 1357, auf hier befindliche bewegliche Sachen § 1362, auf ein hier betriebenes Erwerbsgeschäft sind die §§ 1431 und 1456 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sinngemäß anzuwenden, soweit diese Vorschriften für gutgläubige Dritte günstiger sind als das fremde Recht.

Eerder verschenen in deze serie bij Uitgeverij H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V.-Haarlem

- I H.A. Warmelink, De Notarissen, De Calligraphie en de Drukkunst. De Bibliographie van het Notariaat.
- II Prof. Mr. A. Pitlo, Taal en Stijl der Notariële Akten.
- III Mr. Th.A. Verseeg en Mr. S. Storm, De Stichting in het positieve recht.
- IV Mr. W.M. Peletier, Notarieel Mengwerk.
- V Prof. Dr. D. Cohen, Sch ets van het Notariaat in het Oude Egypte.
- VI Dr. A.R. de Bruijn, Prof. Mr. W.C.L. van der Grinten, Prof. Mr. H.R. Hoetink, Prof. Mr. Ph.A.N. Houwing, Prof. A. Pitlo en Mr. J.M. Polak, Ter Eerste Kennismaking.
- VII P.L. Dijk, Theoretische grondslagen der belastingheffing bij het openvallen van nalatenschappen.
- VIII W.C. Krijgers Janzen, De Not aris in de Literatuur.
- IX A.M. Vroom en J.P. Scheltens, De Commanditaire Vennootschap in het Private en Fiscale Recht.
- X Prof. Mr. A.R. de Bruijn, De notariële akte als executoriale titel.
- XI Mr. A.G.J. Piccardt, Zee- en Binnenvaartrecht voor het Notariaat.
- XII Prof. Mr. A. Pitlo, Uit Oude Schrijven.
- XIII Mr. J.E. Kasdorp, Protocollenregister.
- XIV Mr. E.A. Rudelsheim-Nanninga, Boek 1 B.W. Personen- en familierecht oud en nieuw.

Bij Uitgeverij Kluwer B.V.-Deventer verschenen:

- X Prof. Mr. A.R. de Bruijn, De notariële akte als executoriale titel, 2e druk, bewerkt door Mr. C.A. Kraan.
- XI Mr. A.G.J. Piccardt, Zee- en Binnenvaartrecht voor het Notariaat, 2e druk, bewerkt door Mr. A. Korthals Altes.
- XV Le notariat latin de demain – Het Latijnse notariaat van morgen.
- XVA Le notariat latin de demain/Compte-rendu du Congrès – Het Latijnse notariaat van morgen/Verslag van het Congres.
- XVI Jhr. M.E. Thuisbaert en Dr. F. Sielemann, Belgische en Duitse aspecten bij Nederlandse boedelscheidingen.
- XVII Kandidaat-Notaris, 13e Landelijk Notarieel Studentencongres.
- XVIII ‘Lijdelijkheid ... Anachronisme’, 14e Landelijk Notarieel Studentencongres.
- XIX Mr. I.S. J oppe, Vademecum internationaal erfrecht.
- XX Mr. M.J.A. van Mourik en Mr. A.K.P. Jongsma, De eenmans-B.V.
- XXI Brochurereeks Buitenlands huwelijksgoederen- en erfrecht: nr. 1. België (Mr. J.W.B. van Lier), nr. 2. Duitsland (Dr. F. Sielemann), nr. 3. Griekenland (Prof. Dr. D. Kokkini-Iatr idou), nr. 4. Portugal (Mr. Dr. Th.M. de Jongh), nr. 5. Joegoslavië (Mr. A.J.Th.M. Gudde), nr. 6. Duitse Democratische Republiek (Mr. Dr. H.J. Sagel-Grande), nr. 7. Zwitserland (J. Potter van Loon jr.), nr. 8. Frankrijk (Me J. Landeroin en Me J.F. Pillebout), nr. 9. Finland (Mevr. S.A.M. van der Weegen), nr. 10. Denemarken (Mr. H.A. Bos), nr. 11. Italië (Prof. Mr. P.H.M. Gerver).
- XXII De besloten vennootschap in discussie, 15e Landelijk Notarieel Studentencongres.
- XXIII Prof. Mr. H. Schuttevaër, Opgaan, blinken en verzinken.
- XXIV Economische eigendom, 16e Landelijk Notarieel Studentencongres.
- XXV Mr. J.M.A. Waaijer, Het moderne vermogensrecht elijke erfscheidingsrecht.
- XXVI Prof. Mr. A. Pitlo, Niet alleen artikel één (een vleug notariële cultuurgeschiedenis).
- XXVII Balans van het Notariaat, 17e Landelijk Notarieel Studentencongres.
- XXVIII Mr. Th.M. de Jongh, Notariële opstellen.
- XXIX De positie van de langstlevende echtgenoot in het Nieuw Burgerlijk Wetboek, 18e Landelijk Notarieel Studentencongres.
- XXX Drs. J.L.M. van Tulder RA, Bedrijfseconomische leidraad voor het notariaat.
- XXXI Notariaat en echtscheiding, 19e Landelijk Notarieel Studentencongres.
- XXXII Mr. J.J.A. de Groot, Prof. Mr. J.H.A. Lokin, Prof. Mr. A.G. Lubbers, Dr. F.C.J. Ketelaar

	en Prof. Mr. P.L. Nève, De levering van onroerend goed.
XXXIII	Mr. B. Wessels en Mr. C.A. Schwarz, Praktijkvragende rechtspersonenrecht.
XXXIV	Mr. A.H.N. Stollenwerck, Het fideicommiss de residuo.
XXXV	Mr. A.L. Mohr, Nachgründung en onroerend goed-praktijk.
XXXVI	Mr. A.J.M. Nuytinck, Bevoegdheid van echtgenoten in het huwelijksvermogensrecht.
XXXVII	Mr. T.J. Mellema-Kranenburg, De legitieme portie.
XXXVIII	Notariaat en 150 jaar BW.
XXXIX	Personenrecht in beweging, 23e Landelijk Notarieel Studentencongres.
XL	Dr. B. Duinkerken, Notariaat in overgangstijd 1796-1842.
XLI	Mr. M. van Olffen, Ondernemer en ondernemingsvermogen.
XLII	Atlas du notariat – Atlas van het notariaat.
XLIII	Mr. R.F.H. Mertens, Appartementsrecht en welstandsbepalingen.
XLIV	Prof. Mr. A.A. van Velten, Regels zijn regels.
XLV	Mr. P.G.H.T. Konings, De openbare registers ten hypotheekantore.
XLVI	Mr. J. van Duijvendijk-Brand, Afrekenen bij (echt)scheiding.
XLVII	Prof. Mr. H.C.F. Schoordijk, Het handelen ten behoeve van de vennootschap in rekening.
XLVIII	Erfrecht, een kwestie van politiek?, 25e Landelijk Notarieel Studentencongres.
XLIX	Notariaat, een goede toekomst?, 26e Landelijk Notarieel Studentencongres.
L	Prof. Mr. A.L.M. Soons, Ontwikkelingen in het huwelijksvermogensrecht.
LI	Instrumentum Quantum Pactum, Zes opstellen over de kracht van de notariële akte vanaf de tijd van keizer Justinianus tot aan het huidige recht, onder redactie van Prof. Mr. P.L. Nève.
LII	Prof. Mr. H.C.F. Schoordijk, Het nieuwste gezinserfrecht.
LIII	Mr. A.L. Mohr, Rechtspersonen- en vennootschapsrecht 1992.
LIV	Mr. W. Breemhaar, De uiterste wilsbeschikking.
LV	(On)zekerheid en nieuw recht, 27e Landelijk Notarieel Studentencongres.
LVI	Prof. Mr. J. de Jong, Vastgoedinformatie in het rechtsverkeer.
LVII	Dr. C.M. Cappon, De opkomst van het testament in het Sticht Utrecht.
LVIII	Prof. Mr. A.Fl. Gehlen, De beoefening van de notariaatsgeschiedenis der Lage Landen.
LIX	Prof. Mr. H.W. Heyman, Interdisciplinaire samenwerking een notarieel dilemma?
LX	Prof. Mr. A.H.M. Santen, De Kantharos van Stevensweert.
LXI	Overbodige wetgeving, 28e Landelijk Notarieel Studentencongres.
LXII	Mr. M.H. ten Wolde, Hoofdpijnen van het Nederlands internationaal huwelijksvermogensrecht.
LXIII	Quod Notemus, Zes opstellen over de regelgeving betreffende het notariaat van de middeleeuwen tot vandaag, onder redactie van Prof. Mr. P.L. Nève, Dr. J.A.E. Kuys en Drs. J.J. Verbeek.
LXIV	Mr. R.J.A. Arduin, Timesharing.
LXV	Mr. P.H.M. Gerver, Zijn regels wel regels?
LXVI	Mr. C.A. Kraan, Hoofdpijnen van het Surinaamse huwelijksvermogensrecht.
LXVII	Me J. Landeroin en Me J.F. Pillebout, het Franse huwelijksgoederen- en erfrecht.
LXVIII	Mr. J.W.B. van Lier, Mr. C. van de Griend en Mr. G.C. Joosten, het Belgische huwelijksgoederen- en erfrecht.
LXIX	De legitieme portie, 30e Landelijk Notarieel Studentencongres.
LXX	Mr. A.J.M. Nuytinck, Van huwelijksvermogensrecht naar samenlevingsvermogensrecht?
LXXI	Mr. B.C.M. Waaijer, De notaris, een vertrouwenspersoon.
LXXII	Mr. L.C.A. Verstappen, Rechtsopvolging onder algemene titel.
LXXIII	Mr. H.Th.M. Burgers, Antilliaans en Nederlands Vennootschapsrecht.
LXXIV	Mr. M.H. ten Wolde, Internationaal en interregionaal erfrecht in het Koninkrijk der Nederlanden.
LXXV	Prof. Mr. A.J.M. Nuytinck, Gelijke behandeling van man en vrouw in het personen- en familierecht.
LXXVI	Mr. V.A.E.M. Meijers, Civielrechtelijke beschouwingen over de rechtspositie van de commanditaire vennoot.
LXXVII	Mediation, De notaris als professioneel conflictbemiddelaar, 31e Landelijk Notarieel Studentencongres.

LXXVIII	Mr. B.C.M. Waaijer, Aandelenovereenkomsten.
LXXIX	Mr. C.L.B. Kocken, De hand van de notaris.
LXXX	Prof. Mr. W.G. Huijgen, Rechtszekerheid of rechtsbescherming?

